

§ 613 a BGB im Konkurs

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt

von

Hans-Georg Probst

Rechtsreferendar in München

1983



§ 613 a BGB im Konkurs

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Hans - Georg Probst
Rechtsreferendar in München
1983

Erstgutachter: Professor Dr. Klaus Adomeit
Zweitgutachter: Professor Dr. Dietrich von Stebut

Tag der mündlichen Prüfung: 28.10.1983

Firma db drucken und binden GmbH
Adalbertstraße 18, 8000 München 40

Meiner Mutter und Carola



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546605_0007

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Litraturverzeichnis	XI
Verzeichnis berücksichtigter Entscheidungen	XXVIII

1. KAPITEL

Einleitung und Problemstellung	1
I. Einführung in das Thema	1
II. Ziel und Gang der Arbeit	9

2. KAPITEL

Die gesetzliche Regelung des Betriebsübergangs
 - § 613 a - vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte

A. Die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 613 a	10
I. Auswirkungen eines Betriebsüberganges auf bestehende Arbeitsverhältnisse - Lösungsversuche in Rechtsprechung und Schrifttum	10
1) Meinungsstreit im Schrifttum	11
a) Vertragspartnerwechsel durch dreiseitiges Rechtsgeschäft	11
b) Vertragspartnerwechsel kraft Gesetzes	13
2) Übersicht über die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des § 613 a	14

	Seite
II. Versuche einer gesetzlichen Regelung	16
1) Entwurf eines "Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (1923)	16
2) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938)	17
III. Der Betriebsinhaberwechsel im Rahmen eines Konkursverfahrens vor Inkrafttreten des § 613 a	19
B) Zweck und Bedeutung des § 613 a i.d.F. v. 15.1.1972	22
I. Die gesetzliche Regelung des § 613 a a.F.	22
1) Inhalt der Regelung	22
2) Der sachliche Anwendungsbereich des § 613 a	22
II. Die Inzention des Gesetzgebers	24
1) Sicherung der betriebsverfassungsrechtlichen Kontinuität	24
2) Umfassende Arbeitsplatzsicherung	25
3) Haftungsverteilung	27
4) Rechtssicherheit und Rechtsklarheit	28
c) Zweck und Bedeutung der Gesetzesänderung v. 13.8.1980	28
I. Inhalt des § 613 a i.d.F. v. 13.8.1980	28
II. Zweck der Gesetzesänderung	29
3. K A P I T E L	31
Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs	
A) Übersicht über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum	33
I. Unanwendbarkeit des § 613 a im Konkurs	33
II. Bejahung einer uneingeschränkten Anwendung	36
III. Modifizierte Anwendung des § 613 a im Konkurs	40

	Seite
B) Stellungnahme	43
I. Die Übernahme des Betriebes durch den Konkursverwalter	43
II. Die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter	44
1) Die Veräußerung durch den Konkursverwalter als "Rechtsgeschäft" i.S.d. § 613 a	44
2) Anwendbarkeit des § 613 a auf Betriebsveräußerungen im Konkurs unter besonderer Berücksichtigung des Normzwecks	48
a) Anwendung des § 613 a als Bestandschutznorm	49
aa) Sicherung der Arbeitsplätze	49
bb) Sicherung der betriebsverfassungsgesetzlichen Beteiligungsrechte	51
cc) § 613 a Abs. 4: Ausschluß von Kündigungen "wegen" eines Betriebsüberganges	52
b) Die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 im Konkurs	53
aa) Übertragung von Passiva durch den Konkursverwalter im Rahmen der Masseverwertung	53
bb) Die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 im Lichte der par conditio omnium creditorum	54
c) Erfahrungswerte aus der Praxis des Konkursgerichts München	57
d) Überblick	60
aa) Die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter nach Konkursseröffnung	60
bb) § 613 a bei Übertragung "konkursreifer Betriebe	61

	Seite
cc) Betriebsinhaberwechsel nach Stellung des Konkursantrages, jedoch vor Konkurseröffnung	62
dd) § 613 a bei Ablehnung der Kon- kurseröffnung mangels Masse (§ 107 KO)	63
ee) § 613 a bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse (§ 204 KO)	66
III. § 613 a beim Übergang von Pachtverhältnissen im Konkurs	67
1) Die Betriebsübertragung vom Erst- auf den Zweitpächter	67
2) Die Betriebsfortführung durch den Verpächter	70
3) Die Verpachtung eines Betriebes an- läßlich einer Betriebsaufspaltung an die Produktionsgesellschaft	71
IV. Exkurs: § 613 a im Reorganisationsver- fahren	72
V. Umgehungstatbestände	73
1) Betriebsstillegung	73
2) Zwangsversteigerung des Betriebsgrund- stücks	75
C) Zusammenfassung des 3. Kapitels	76

4. K A P I T E L

Auswirkungen von Betriebsveräußerungen im Konkurs auf Individualarbeitsverhältnisse

A) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Be- triebsinhaberwechsel	78
B) Kündigung von Arbeitsverhältnissen anläßlich eines Betriebsinhaberwechsels im Konkurs	80
I. Auswirkungen der Konkurseröffnung auf den Bestand von Arbeitsverhältnissen	80

	Seite
II. Anwendung der arbeitsrechtlichen Kündigungs- schutzbestimmungen im Konkurs	81
III. Kündigung durch den in Konkurs geratenen Arbeitnehmer	84
IV. Kündigung durch den Konkursverwalter an- läßlich einer Betriebsübertragung	85
1) Das Kündigungsrecht gemäß § 22 KO	85
a) Kündigung auf Verlangen des Erwerbers	86
b) Kündigungen im Hinblick auf geplante Betriebsänderungen des Erwerbers	90
c) Übergang zum Zeitpunkt des Betriebs- übergangs bereits gekündigter, jedoch noch nicht beendeter Arbeitsverhält- nisse	93
d) Kündigung bei Widerspruch des Ar- beitnehmers	94
2) Außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB	95
3) Beendigung zum Zeitpunkt der Konkurser- öffnung noch nicht angetretener Arbeits- verhältnisse nach § 17 KO	98
V. Kündigung durch den Betriebserwerber	101
1) Ordentliche Kündigung	101
2) Außerordentliche Kündigung	102
IV. Die Kündigung durch den Arbeitnehmer	104
1) Kündigung nach § 22 KO	104
2) Kündigung noch nicht angetretener Arbeitsverhältnisse	105
3) Kündigung gegenüber dem Betriebsnach- folger	106
4) Die vorkonkursliche Arbeitnehmerkündi- gung (Lemgoer Modell)	107
VII. Zusammenfassung	110
C) Zur Eintrittspflicht des Betriebserwerbers in bezug auf Nachwirkungen der Arbeitsver- hältnisse	112

	Seite
I. Ruhestandverhältnisse	112
II. Wettbewerbsvereinbarungen	112
D) Änderung von Arbeitsverträgen	116
I. Einvernehmliche Beendigung von Arbeits- verhältnissen (§ 613 a Abs. 1)	116
II. Erlaßvertrag (§§ 613 a Abs. 2, 397 Abs. 1 BGB)	117
1) Verzicht auf Sozialleistungen	117
2) Verzicht auf rückständigen Lohn	119
3) Änderung von Betriebsvereinbarungen	119
III. Dreiseitige Verträge zwischen Konkurs- verwalter, Erwerber und Arbeitnehmern	121
 5. K A P I T E L	 122
Der Einfluß des § 613 a auf die Insolvenzsicherung betrieblicher Ruhegeldanwartschaften bei Betriebs- inhaberwechsel im Konkurs	
A) Die Insolvenzsicherung betrieblicher Versorgungs- anwartschaften vor Inkrafttreten des Betriebs- rentengesetzes	123
I. Die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 613 a	123
II. Die Rechtslage nach Inkrafttreten des § 613 a und vor Einführung des Be- triebsrentengesetzes	124
B) Die Insolvenzsicherung unverfallbarer Ver- sorgungsanwartschaften bei konkursbedingter Geschäftsübertragung	126
I. Die Unverfallbarkeitsregelung im Betriebsrentengesetz	126
1) Vorschaltzeiten	127
2) Vordienstzeigen	128
II. Die Versorgungsanwartschaft im sachlichen Geltungsbereich des § 613 a	131
III. Die materielle Wirkung des § 613 a im Bereich des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG	132

	Seite
IV. Prozessuale Durchsetzung	137
C) Verfallbare Versorgungsanwartschaften bei konkursbedingter Geschäftsübertragung	141
I. Dogmatische Einordnung des Rechtscharakters der verfallbaren Versorgungsanwartschaft	141
II. Vertraglich und gesetzlich verfallbare Anwartschaften	143
1) Abfindung verfallbarer Anwartschaften in einem Sozialplan	143
2) Gespaltene (restriktive) Anwendung des § 613 a	146
3) Der Vorschlag Bieliers	150
4) Ergebnis	151
III. Vertraglich unverfallbare Anwartschaften	152
6. K A P I T E L	153
Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Betriebs- inhaberwechsel im Konkurs	
I. Konkursantrag	153
II. Betriebsänderungen im Rahmen der unter- nehmerischen Tätigkeit des Konkursverwal- ters	154
III. Die Betriebsveräußerung im Konkurs	155
7. K A P I T E L	157
Schlußbetrachtung: Kritische Würdigung des § 613 a als Regelungsnorm für einen Betriebsinhaberwechsel im Konkurs	
Anlage 1	160
Anlage 2	161

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alter Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Alt.	Alternative
Amt.T.	Amtlicher Teil
AngKSchG	Angestelltenkündigungsschutzgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlage- werk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Arb.Gr.	Arbeitsrechtlicher Grundriß
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten, Zeitschrift
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts
BB	Betriebsberater, Zeitschrift
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung, Zeitschrift
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bürgerliches Gesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt

BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozial- versicherung und Arbeitsrecht
BT	Bundestag
BR	Bundesrat
DAG	Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DJT	Deutscher Juristentag
EG	Europäische Gemeinschaft
EZA	Entscheidungssammlung zum Arbeits- recht
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
Gew. HBV	Gewerkschaft Handel, Banken, Versicherungen
GewKfmG	Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Zeitschrift
Gew. NGG	Gewerkschaft Nahrung, Genuß, Gaststätten
Gew. ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
GG	Grundgesetz
GK - BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
IG	Industriegewerkschaft
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
KO	Konkursordnung
KschG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht



lit.	litera
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Münch.Komm.	Münchner Kommentar zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.g.	oben genannte (n)
PSV	Pensions - Sicherungs - Verein
RARBBl.	Reichsarbeitsblatt
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
Rdnr.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite, Satz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Zeitschrift
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
Überbl.	Überblick
umstr.	umstritten
u.U.	unter Umständen
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zust.	zustimmend (er)

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ADLER, LZ 1928, Spalte 137o:
Gilt das Kündigungsschutzgesetz auch für
die Kündigung durch den Konkursverwalter?
- ADOMEIT, Klaus Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeits-
verhältnis, Düsseldorf 1962
ders. Anm. zu BAG, Urteil v. 10.3.1972,
SAE 1972, 200.
ders. vgl. HANAU/ADOMEIT
- BECKER-SCHAFFNER, R. BStSozArbR 1975, 305,
Rechtsfragen zu § 613 a BGB
- BEITZKE, Günther BB 1951, 420, Anm. zum Urteil des
LAG Frankfurt/Main v. 15.3.1951
ders. Anm. zu BAG, Urteil v. 29.4.1966,
AP Nr. 7 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge -
- BENNEWITZ, Heimo/
BORNGRÄBER, Helmut BB 1978, 1681, Insolvenzschutz für Ruhe-
geldzusagen bei Anrechnung von Vordienst-
zeiten?
- BEUTHIEN, Volker RdA 1976, 147
Interessenausgleich und Sozialplan im Kon-
kurs
ders. Sozialplan und Unternehmensverschuldung -
Gedanken im Anschluß an die Entscheidung
des Großen Senats des BAG v. 13.12.1978
in: Schriftenreihe "Der Betrieb"
Düsseldorf 1980
- BGB - RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer
Berücksichtigung und Rechtsprechung des
Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs.
Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichts-
räten und Bundesrichtern.
II. Band, 1. Teil, §§ 433 - 704, bearbei-
tet von Johannes Denecke, 11. Auflage, ,
Berlin 1959
zitiert: Denecke, RGRK

- BIELER, Frank BB 1981, 435: Zur Sicherung der Arbeitnehmer bei Übernahme notleidender Betriebe
- BIRK, Rolf Anm. zu BAG, SAE 1974, 5
ders. Anm. zu BAG EzA § 613 a Nr. 1, S. 11
ders. AuR 1975, 312: Tarifrrechtliche Folgen von Strukturveränderungen im Unternehmens- und Betriebsbereich
ders. BB 1976, 1227: Arbeitsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung
ders. Anm. zu BAG AP Nr. 10 zu § 613 a
- BLOMEYER, Wolfgang DB 1977, 585: Insolvenzversicherung für Versorgungsanwartschaften vor Eintritt der gesetzlichen Unverfallbarkeit
- BLÜTHMANN, Heinz Wenn die Macher versagen.
in: DIE ZEIT Nr. 21 v. 19.5.1978,
S. 25 - 29
- BOBROWSKI/GAUL Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, begründet v. Paul Bobrowski, weitergeführt v. Dieter Gaul, 6. Aufl., Heidelberg 1970
zitiert: Bobrowski/Gaul
- BÖHLE - STAMMSCHRÄDER
Aloys/KILGER Joachim Konkursordnung, Kommentar, 13. Aufl., München 1981
- BÖTTICHER, Eduard Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsnachfolger, Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 3
zitiert: Bötticher, Festschrift für Nikisch
ders. BB 1975, 977: Begründet der Sozialplan des Konkursverwalters Masseschulden?
- BOHN, Hans Anm. zu BAG SAE 1980, 226

- BORNGRÄBER Helmut Arbeitsverhältnis bei Betriebsübergang, Dissertation, Köln 1977.
- ders. vgl. BENNEWITZ/BORNGRÄBER
- BRACKER, Ulrich Betriebsübergang und Betriebsverfassung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Band 48, Berlin 1979
- BRECHER, Fritz Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis. Eine Studie zur Struktur der Schuld- und Organisationsverhältnisse, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 181
zitiert: Brecher, Festschrift für Schmidt-Rimpler
- BRILL, Werner AuR 1967, 335: Der Betriebsrat im Konkurs- und Vergleichsverfahren
- BUNGE, Thomas RdA 1981, 13: Die Sicherung der Betriebsrenten bei wirtschaftlicher Notlage des Arbeitgebers
- DAUENHEIMER, Horst G. Anm. zu ArbG Lübeck, BB 1979, 989
- DERLEDER, Peter AuR 1976, 129: Ist der Übergang der Arbeitnehmerrechte bei einer Betriebsveräußerung im Konkurs ausgeschlossen?
- DIETZ, Rolf Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl., München und Berlin 1953
zitiert: Dietz, BetrVG, 2. Aufl., 4. Aufl., München und Berlin 1967
zitiert: Dietz, BetrVG, 4. Aufl.
- DIETZ/RICHARDI Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, begründet von Rolf Dietz, neubearbeitet von Reinhard Richardi, Band 2, §§ 74 - Schluß, 6. Aufl., München 1982

- DOETSCH, Werner RdA 1977, 26: Die Insolvenzsicherung in der betrieblichen Altersversorgung
- ders. Anm. zu BAG, SAE 1979, 183
- DORNDORF, Eberhard Sozialplan im Konkurs. Der Zusammenhang von Betriebsänderung, Kündigung und Sozialplan im Konkurs und der Rang der Abfindungsansprüche, Baden-Baden 1978
- EICH, Rolf-Achim DB 1980, 255: Betriebsnachfolge als Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG?
- ENGELS, Gerd DB 1979, 2227: Gesellschaftsaufspaltung als eine die Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösende Betriebsänderung i.S.v. § 111 ff BetrVG.
- ENTWURF Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis. Aufgestellt vom Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, veröffentlicht in: Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht Nr. 8, Hamburg 1938
- ERDEL GewKfMG 1926 Spalte 267, 386: Kündigungen aus Anlaß des Konkurses oder der Geschäftsaufsicht
- ERMAN Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 2 Bänden, begründet von Walter Erman, herausgegeben von Harm Peter Westermann unter Mitwirkung von Klaus Küchenhoff, 1. Band.
6. Aufl., Münster 1975
zitiert: Erman/Bearbeiter
- EVERHARDT, Karl-Heinz BB 1976, 1611: Die Bedeutung des § 613 a für die Involvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung.
- FALKENBERG, Rolf-Dieter DB 1980, 783: Auswirkungen des § 613 a in der betrieblichen Praxis

- FENGE, Harald BetrAV 1974, 2: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
- FENN, Herbert Anm. zu BAG SAE 1967, 11
- FIKENTSCHER, Wolfgang Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin - New York 1976
- FISCHER, Lorenz Individualarbeitsrechtliche Probleme beim Betriebsübergang nach § 613 a BGB, Dissertation, Mainz 1980
- FITTING/AUFFARTH/KAISER Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar von Karl Fitting, Fritz Auffarth, Heinrich Kaiser, 13. Aufl., München 1981
zitiert: Fitting/Auffarth/Kaiser
- FUCHS, Hanns Michael Die Stellung des Arbeitnehmers bei der Betriebsnachfolge nach dem Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972, Dissertation, Würzburg 1974
- GAGEL/JÜLICHER Konkursausfallgeld, Kommentar zu den §§ 141 a - 141 n AFG von Alexander Gagel, zugleich Lieferung 2 zu Arbeitsförderungsgesetz, Kommentar von Alexander Gagel und Friedrich Jülicher, München 1981
- GALPERIN, Hans Betriebsnachfolge und Betriebsinhaberwechsel, eine Begriffsbestimmung.
Teil I: DB 1962, 1078; Teil II: DB 1962, 1113.
- GAUL, Dieter Betriebsinhaberwechsel und Arbeitsverhältnis, Band 3 der Schriftenreihe Arbeitsrecht München 1966
ders. Der Betriebsinhaberwechsel und seine einzelvertraglichen Auswirkungen,
BB 1979, 1666.
ders. vgl. Bobrowski/Gaul

- GERMANN, Winrich Grenzen und Möglichkeiten des Sozial-
 schutzes der Arbeitnehmer im Konkurs,
 Dissertation, Göttingen 1976
- GESSNER/RHODE/STRATE/
ZIEGERT Die Praxis der Konkursabwicklung in der
 Bundesrepublik Deutschland. Eine rechts-
 soziologische Untersuchung von Volkmar
 Gessner, Barbara Rhode, Gerhard Strate,
 Klaus A. Ziegert, Köln 1978
- GIERKE, Otto von Deutsches Privatrecht, Band III, Leip-
 zig 1917
- GITTER, Wolfgang Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis
 unter besonderer Berücksichtigung der Zu-
 stimmung des Arbeitnehmers, in: Fest-
 schrift 25 Jahre BAG, S. 133, München 1979
 zitiert: Gitter, Festschrift 25 Jahre BAG
 Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschafts-
 kommentar, Fritz Fabricius, Alfons Kraft,
 Wolfgang Thiele, Günter Wiese. Stand
 Oktober 1982, Band II.
 zitiert: Bearbeiter - GK - BetrVG
- GLATZL/MEYER/WEIN Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen
 Altersversorgung von Enno Glatzl, Martin
 Meyer, Max Wein, Köln 1975
- GRUB, Volker KTS 1978, 129: Zur wirtschaftlichen Be-
 deutung des § 613 a BGB bei Betriebsver-
 änderungen im Konkurs - aus der Praxis
 eines Konkursverwalters.
- GRUNSKY, Wolfgang RdA 1978, 174: Sozialplan und Konkurs
 des Arbeitgebers
- GUTBROD, Karl Anm. zu BAG, DB 1980, 164
- HADDING, Walter/ Anm. zu BAG SAE 1978, 54
- HÄUSER, Franz

- HAMELBECK, Bernhard NJW 1975, 1497: Zur Krise des Insolvenzrechts.
- HANAU/ADOMEIT Arbeitsrecht, von Peter Hanau und Klaus Adomeit, 6. Aufl., Frankfurt/Main, 1981
- HANAU, Peter ZfA 1976, 485: Buchbesprechung Höfer, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
- ders. Gutachten zum 54. DJT, 1982, Teil E: Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht. Arbeits- und sozialrechtliches Teilgutachten für den 54. DJT.
- zitiert: Hanau, Gutachten zum 54. DJT, 1982, Teil E.
- HASFORD, Alfred BB 1973, 526: Die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Übergangs von Betriebsteilen auf bestehende Arbeitsverhältnisse.
- HEILMANN, Hans KTS 1975, 274: Das Konkursrecht im Schatten jüngster Gesetzgebung und Rechtsprechung
- HEINZE, Meinhard AuR 1976, 33: Die Ausübung von Arbeitgeberfunktionen durch Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker
- ders. DB 1980, 205: Die Arbeitgebernachfolge bei Betriebsübergang. Die Regelungsstruktur des § 613 a BGB und rechtliche Konsequenzen, insbesondere im Konkurs.
- ders. NJW 1982, 1665: Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht

- HENCKEL, Wolfram Anm. zu EzA Nr. 1 zu § 113 BetrVG 1972,
S. 13
- ders. ZIP 1980, 2: Die Betriebsveräußerung im
Konkurs
- ders. ZIP 1980, 173: Zur Anwendbarkeit des
§ 613 a BGB im Konkurs. Anm. zu BAG ZIP
1980, 117.
- ders. vgl. Jaeger/Henckel
- HERSCHEL, Wilhelm Anm. zu BAG, AuR 1975, 382
- ders. ZfA 1977, 219: Betriebsübergang und
Arbeitsvertrag
- ders. Anm. zu BAG AP Nr. 21 zu § 613 a
- HERSCHEL, Wilhelm/
STEINMANN, Georg Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz,
2. Aufl., Heidelberg 1953.
- HESS, Harald DB 1976, 1154: Die Betriebsmittelver-
äußerung des Konkursverwalters als Ver-
äußerung i.S.d. § 613 a BGB?
- ders. BB 1977, 501: Gesetzlicher Übergang des
Arbeitsverhältnisses bei Betriebsver-
äußerung nur mit Einwilligung des Arbeit-
nehmers?
- HEUBECK/HÖHNE/PAULSDORFF/
RAU/WEINERT Kommentar zum Betriebsrentengesetz - Ge-
setz zur Verbesserung der betrieblichen
Altersversorgung, Band I, Arbeitsrecht-
liche Vorschriften, §§ 1 - 18, von Georg
Heubeck, Gerhard Höhne, Jürgen Paulsdorff,
Wolfgang Weinert, 2. Aufl., Heidelberg 1982.
zitiert: Heubeck/Bearbeiter
- HILGER, Marie-Luise Das betriebliche Ruhegeld, Heidelberg 1959.
- HÖFER, Reinhold/
- ABT, Oskar DB 1978, 2410: "Geschenke" Dienstzeiten
und die Unverfallbarkeit von Versorgungs-
anwartschaften.
- dies. Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen
Altersversorgung, Kommentar, 2. Aufl.,
München 1982

- HÖFER, Reinhold Kommentar zum Betriebsrentengesetz,
1. Aufl., München 1976
- HÖRNIG, Fritz AuR 1954, 272: Betriebsübernahme - ein
Kündigungsgrund?
- HOYNINGEN - HUENE, von
Gerrick/WINDBICHLER,
Christine RdA 1977, 329: Der Übergang von Betriebs-
teilen nach § 613 a BGB.
- HUECK, Alfred BB 1951, 365: Gutachten - Zusätzliche so-
ziale Leistungen bei Betriebsübergang.
- HUECK/HUECK Kündigungsschutzgesetz, Kommentar von Al-
fred Hueck und Götz Hueck, unter Mitwir-
kung von Hoyningen-Huene, 10. Aufl.,
München 1980
- HUECK/NIPPERDEY Lehrbuch des Arbeitsrechts, bearbeitet von
Alfred Hueck und Hans Carl Nipperdey,
7. Aufl.
1. Band von Alfred Hueck, Berlin und Frank-
furt 1963.
- HUTZLER, Kurt BB 1981, 1470: Kündigung und Kündigungs-
ausschluß bei Betriebsübergang.
- JAROSCHEK, Eberhard Ausgleichsansprüche bei Betriebsänderungen
nach dem neuen BetrVG (§§ 111 - 113 BetrVG
1972), Dissertation Würzburg 1975.
- JAEGER, Ernst Konkursordnung mit Einführungsgesetzen,
Kommentar, begründet v. Ernst Jaeger.
8. Aufl., 1. Band (§§ 1 - 70) bearbeitet
von Friedrich Lent, Berlin 1958.
zitiert: Jaeger/Lent
2. Band, 1. Halbband (§§ 71 - 206) bear-
beitet v. Friedrich Weber, Berlin 1973;
zitiert: Jaeger/Weber
9. Aufl., zitiert: Jaeger/Henckel
- KÄPPLER, Renate Anm. zu EZA Nr. 30 zu § 613 a
- KAESTEL, Maria Anm. zu LAG Berlin sowie BAG, BB 1978, 153

- KEMPER, Kurt Die Unverfallbarkeit betrieblicher Versorgungsanwartschaften von Arbeitnehmern, in: Schriftenreihe "Der Betrieb", Düsseldorf 1977
- KIRSCHNER Betriebsnachfolge und Betriebsinhaberwechsel, DB 1964, 1061
- KRAFT, Alfons Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 299, München 1979.
zitiert: Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG
- KREJCI, Heinz Betriebsübergang und Arbeitsvertrag - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme -. Wiener Rechtswissenschaftliche Studien, 11. Band, Wien 1972.
- KRETSCHMER, Egon KTS 1977, 137: Denkansätze für Gesetzgebung und Rechtsprechung - aus der Praxis eines Konkursverwalters -.
Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 613 a
- KÜCHENHOFF, Günther Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., München 1980
ders. Lehrbuch des Schuldrechts, Band II - Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981
zitiert: Larenz, Schuldrecht II
- LENT, Friedrich/
JAUERNIG Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 13. Aufl., München 1975
- LIEB, Manfred Arbeitsrecht - Schwerpunkte -, 2. Aufl., Heidelberg
- LÖWISCH, M./
RÖDER, Gerhard Anm. zu BAG EzA Nr. 9 zu § 111 BetrVG 1972
- MARTENS, Eckehard Christian DB 1977, 495: Zur Haftung des Betriebserwerbers bei Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter nach § 613 a, insbesondere für Versorgungsanwartschaften.
- MAUS, Wilhelm Handbuch des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Baden-Baden/Frankfurt/Main

- MAYER-MALY, Theo BB 1973, 761: Grundsätzliches und Aktuelles zum "Tendenzbetrieb"
- ders. Anm. zu BAG AP Nr. 4 zu § 613 a BGB
- MENTZEL/KUHN/UHLENBRUCK Konkursordnung, Kommentar v. Franz Mentzel
8. Aufl. v. Georg Kuhn, München 1976
zitiert: Mentzel/Kuhn
9. Aufl. v. Wilhelm Uhlenbruck, München 1979
zitiert: Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck
- MOHRBUTTER, Harro Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1974
zitiert: Mohrbutter, Handbuch
- MOHRBUTTER, Jürgen/
HAARMANN Leitfaden für Vergleichs- und Konkursverwalter, 3. Aufl., Köln/Berlin 1976
zitiert: Mohrbutter/Haarmann
- MOLITOR, Erich Arbeitnehmer und Betrieb. Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Grundlegung des Arbeitsrechts, Elwert/Marburg 1929.
- MÜNCHNER KOMMENTAR zum BGB, Band 3, 1. Halbband, §§ 433 - 656, ArbZG, München 1980 sowie Ergänzungslieferung zu § 613 a, München 1981
zitiert: Bearbeiter, Münch.Komm.
- NEUMANN-DUESBERG, Horst BB 1971, 969: Gesetzliche Neuordnung des Übergangs von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsinhaberwechsel, Schaffung eines § 613 a anlässlich der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes
ders. NJW 1972, 665: Arbeitgeberkündigungen bei Betriebsübergang (§ 613 a BGB)
ders. NJW 1973, 268: Betriebsübergang und Tendenzbetrieb (§ 613 a BGB, § 118 Abs. 1 BetrVG)
- NIKISCH; Arthur Arbeitsrecht, I. Band: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961

- OTTO, Hansjörg Anm. zu BAG SAE 1976, 18
- PALANDT, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
42. Aufl., München 1983
zitiert: Palandt/Bearbeiter
- PALME, Antonie BlStSozArbR 1977, 386: Betriebsübergang
nach § 613 a in der neueren Rechtsprechung
- PAULSDORFF; Jürgen KTS 1977, 212: Neuere Entwicklung und
Probleme der Insolvenzsicherung der be-
trieblichen Altersversorgung
ders. vgl. Heubeck/Paulsdorff
- PLEYER, Klemens DB 1966, 1476: Arbeitsvertrag und Be-
triebsinhaberwechsel
- PICKER, Eduard ZfA 1981, 303: Die Entwicklung des arbeits-
rechtlichen Schrifttums im Jahre 1980
- POSTH, Martin Arbeitsrechtliche Probleme beim Betriebs-
inhaberwechsel (§ 613 a BGB), Dissertation,
Berlin 1977
- REWOLLE, Hans-Dietrich DB 1950, 402: Die Übernahme des Betriebes
als Organismus, Verpflichtungen des jewei-
ligen Betriebsinhabers.
- REYER, Rudolf BlStSozArbR 1972, 337: Die Rechtsstellung
des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeit-
gebers.
- RICHARDI, Reinhard Sozialplan und Konkurs in: Schriftenreihe
"Der Betrieb" 1975, Düsseldorf
zitiert: Richardi, Sozialplan und Konkurs
ders. RdA 1976, 56: Übergang von Arbeitsverhält-
nissen bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen
im Rahmen einer Konkursabwicklung
ders. vgl. Dietz/Richardi
- RIEDEL, Johannes NJW 1975, 765: § 613 a BGB und die Be-
triebsveräußerung durch den Konkursver-
walter

- RÖDER, Gerhard DB 1981, 1980: Die Fortgeltung von Kollektivnormen bei Betriebsübergang gem.
§ 613 a BGB i.d.F. vom 13.8.1980
- ROEMHELD, Bernhard Anm. zu BAG SAE 1976, 199
ders. BB 1976, 845: Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB.
- SÄCKER; Franz-Jürgen/
JOOST, Detlev DB 1978, 1030, 1078: Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf Ruhestandsverhältnisse - zur Auslegung des § 613 a BGB -.
Ausgewählte Rechtsfragen zu § 613 a BGB,
in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart,
Band 18, Dokumentation für das Jahr 1980,
S. 71
zitiert: Schaub, Das Arbeitsrecht der
Gegenwart
- SCHAUB, Günther
ders. Arbeitsrechtshandbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagwerk für die Praxis,
4. Aufl., München 1980
- SCHLÜTER, Wilfried ZfA 1975, 437: Die Rechtsprechung des
Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1974
- SCHMID, Ronald/
SCHMID, Gerhard BB 1982, 191: Die Rangstelle der Kündigungsschutzgesetzlichen Arbeitnehmerabfindung im System des § 61 KO.
- SCHMIDT, Karsten Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, Gutachten D. zum 54. DJT, München 1982
zitiert: Schmidt, Gutachten D zum 54. DJT
- SCHMITT, Heidi BB 1978, 1724: Übergang der Arbeitsverhältnisse und Haftung des Betriebserwerbers gemäß § 613 a BGB bei Betriebsveräußerung durch einen Konkursverwalter.

- STEBUT, Dietrich von DB 1975, 2438: Die Rechtsstellung von Arbeitnehmern bei Betriebsveräußerungen im Konkurs oder Vergleich (§ 613 a BGB)
- ders. ZfA 1977, 311: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1976
- STECKHAN, Hans-Werner Der Bestandsschutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang - Zur Frage der Notwendigkeit einer Positivierung arbeitsrechtlicher Sonderregeln -, Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Köln/Berlin/Bonn/München, 1972, S. 463.
- STRATMANN, Maria Anm. zu BAG SAE 1976, 78
- STÜCKEMANN, Wolfgang BB 1977, 1711: Außerordentliche Kündigung der Arbeitnehmer bei drohendem Konkurs
- ders. BB 1981, 1102: Vorkonkursliche Arbeitnehmerkündigung - Gesteigerte Bedeutung des Lemgoer Modells
- THOMAS, Heinz/
- PUTZO, Hans Zivilprozeßordnung, Kommentar, 12. Aufl., München 1982
- THUR, Andreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I und Band II, 1. und 2. Teilband, Berlin 1957, unveränderter Nachdruck der 1. Aufl.
- UHLENBRUCK, Wilhelm Abschreibungsgesellschaften - Anlegerprobleme bei Sanierung-Konkurs-Vergleich, Düsseldorf 1974
- ders. KTS 1974, 1: Zur Anwendbarkeit des § 613 a bei Betriebsveräußerung durch den Konkurs- oder Vergleichsverwalter
- ders. KTS 1975, 253, Anm. zu ArbG Rendsburg
- ders. NJW 1975, 897: Zur Krise des Involvenzrechts
- ders. Insolvenzrecht, Grundriß für Studium und Praxis, in: Schriftenreihe "Recht und Praxis", Bonn 1979

- WEBER, Friedrich Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO
ders. vgl. Jaeger/Weber
- WEITNAUER, Hermann Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG
ders. Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG
- Wartezeit -
- WENDLING, Gerhard Rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang
und Arbeitsverhältnis. Zugleich ein Bei-
trag zur dogmatischen Struktur des
§ 613 a BGB, in: Bochumer juristische
Studien Nr. 12, Bochum 1980
- WICHMANN, Karl-Heinz Der Arbeitnehmer, Lehrling und Pensionär
im Konkurs- und Vergleichsverfahren des
Arbeitgebers, Göttingen 1965
- WIEDEMANN, Herbert/
STUMPF, Hermann Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. Aufl.,
München 1977
- WIEDEMANN, Herbert/
WILLEMSSEN, Heinz Josef RdA 1977, 418: Die Anwendung des § 613 a
BGB im Konkurs unter besonderer Berück-
sichtigung der betrieblichen Altersver-
sorgung.
- WIESE, Leo Die Betriebsübernahme, Dissertation,
Saarbrücken 1959
- WILLEMSSEN, Heinz Josef Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen
im Konkurs: Zur Anwendung der §§ 111 ff
BetrVG bei Insolvenz des Arbeitgebers.
veröffentlicht in: Europäische Hoch-
schulschriften, Reihe 2, Band 235
Frankfurt/Main, Bern, Cirencester/U.K.,
1980
- ders. Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a
ders. vgl. Wiedemann/Willemsen

- | | |
|---------------------|---|
| ZEUNER, Albrecht | JZ 1976, 1: Schutz des Arbeitnehmers
im Konkurs des Arbeitgebers |
| ZIEGE, Hans-Joachim | Anm. zu BAG sowie LAG Berlin, BB 1978,
203 |
| ZÖLLNER, Wolfgang | Arbeitsrecht, ein Studienbuch,
2. Aufl., München 1979 |

Verzeichnis berücksichtigter Entscheidungen

Gericht	Datum	Fundstelle	Anmerkungen
BVerfG	12.11.1958	BVerfG, 8 329	
RG	12.01.1933	RGZ 139, 199	
BGH	28.02.1957	BGHZ 24, 15	
	24.06.1957	BGHZ 24, 393	
	10.04.1958	BGHZ 27, 257	
	10.03.1960	BGHZ 32, 114	
	21.03.1961	KTS 1961, 94	
	29.05.1961	BGHZ 35, 180	
	28.11.1962	BGHZ 38, 281	
	06.05.1965	BGHZ 44, 1	
	30.10.1967	BGHZ 49, 11	
	27.02.1973	KTS 1973, 251	
	25.03.1975	WM 1975, 517	
	19.02.1976	BGHZ 66, 217	
BAG	18.02.1960	AP Nr. 1 zu § 419 BGB	- Betriebsnachfolge - m. Anm. Alfred Hueck
	29.11.1962	AP Nr. 6 zu § 419 BGB	- Betriebsnachfolge - m. Anm. Herschel
	29.04.1966	AP Nr. 7 zu § 419 BGB	- Betriebsnachfolge - m. Anm. Beitzke
	12.01.1967	AP Nr. 3 zu § 61 KO	m. Anm. Weber
	25.10.1968	NJW 1969, 525	
	10.12.1971	AP Nr. 154 zu § 242 BGB	- Ruhegehalt -
	01.03.1972	AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972	m. Anm. Gaul
	10.03.1972	AP Nr. 156 zu § 242 BGB	- Ruhegehalt -
	16.03.1972	AP Nr. 9 zu § 61 KO	m. Anm. Weber
	08.07.1972	AP Nr. 157 zu § 242 BGB	- Ruhegehalt

Gericht	Datum	Fundstelle	Anmerkungen
BAG	02.03.1973	BB 1973, 565	
	17.09.1974	AP Nr. 1 zu § 113 BetrVG 1972	m. Anm. Richardi
	02.10.1974	AP Nr. 1 zu § 613 a	m. Anm. Seiter
	13.03.1975	AP Nr. 167 zu § 242 BGB	- Ruhegehalt -
	26.06.1975	AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969	- Betriebsbedingte Kündigung -
	07.11.1975	AP Nr. 3 zu § 99 BetrVG 1972	m. Anm. Kraft/Geppert
	18.08.1976	AP Nr. 4 zu § 613 a	m. Anm. Mayer-Maly
	26.01.1977	AP Nr. 5 zu § 613 a	m. Anm. Seiter
	05.05.1977	AP Nr. 7 zu § 613 a	
	07.07.1977	AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG	- Wartezeit - m. Anm. Weitnauer
	21.07.1977	AP Nr. 8 zu § 613 a	
	17.11.1977	AP Nr. 10 zu § 613 a	m. Anm. Birk
	24.11.1977	AP Nr. 177 zu § 242 BGB	- Ruhegehalt
	08.12.1977	AP Nr. 10 zu § 61 KO	
	22.02.1978	AP Nr. 11 zu § 613 a	m. Anm. Küchenhoff
	16.06.1978	BetrAV 1978, 239	
	22.06.1978	EzA Nr. 19 zu § 613 a	
	13.07.1978	AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG	- Wartezeit -
	03.08.1978	AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG	m. Anm. Weitnauer
	15.11.1978	AP Nr. 14 zu § 613 a	m. Anm. Willemsen
	13.12.1978	AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972	
	14.12.1978	AP Nr. 2 zu § 7 BetrAVG	m. Anm. Grunsky
	25.01.1979	AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG	
	15.03.1979	AP Nr. 15 zu § 613 a	m. Anm. Willemsen
	24.07.1979	DB 1980, 164	m. Anm. Gutbrod
	18.10.1979	AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG	- Treuebruch -
	04.12.1979	AP Nr. 6 zu § 111 BetrVG 1972	m. Anm. Seiter
	17.01.1980	AP Nr. 18 zu § 613 a	
	17.01.1980	AP Nr. 7 zu § 16 BetrAVG	m. Anm. Ahrend/För- ster/Rößler

Gericht	Datum	Fundstelle	Anmerkungen
BAG	17.01.1980	AP Nr. 8 zu § 16 BetrAVG	m. Anm. Ahrend/Förster/Röblier
	06.02.1980	AP Nr. 21 zu § 613 a	m. Anm. Herschel
	20.03.1980	AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG	- Wartezeit -
	16.06.1980	AP Nr. 7 zu § 7 BetrAVG	
	19.06.1980	AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG	- Wartezeit -
	03.07.1980	AP Nr. 22 zu § 613 a	m. Anm. Willemsen
	21.08.1980	AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG	- Wartezeit -
	16.10.1980	ZIP 1981, 306	
	21.10.1980	AP Nr. 8 zu § 111 BetrVG 1972	m. Anm. Kittner
	25.02.1981	ZIP 1981, 522	
	14.07.1981	NJW 1982, 1607	
	15.12.1981	BB 1982, 1488	
	19.05.1982	NJW 1982, 2789	
	29.06.1982	BB 1982, 1798 ZIP 1981, 420	

Gericht	Datum	Fundstelle
LAG Bremen	13.09.1950	AP 51, 111
LAG Frankfurt a.M.	13.05.1951	AP 51, 152
LAG Frankfurt a.M.	29.11.1951	AP 52, 131
LAG Mannheim	30.11.1951	AP 52, 228
LAG Stuttgart	27.11.1952	BB 1953, 148
LAG Frankfurt a.M.	01.12.1964	BB 1965, 1270
LAG Düsseldorf	14.08.1973	DB 1973, 2453
LAG Hamm	28.01.1974	DB 1974, 877
LAG Rheinland-Pfalz	15.05.1975	unveröffentlicht, zitiert bei Hess, DB 1976, 1154
LAG Schleswig- Holstein	19.03.1976	BB 1976, 1369

Gericht	Datum	Fundstelle	Anmerkungen
LAG Baden-Württemberg	21.06.1976	BB 1976, 1607	
LAG Düsseldorf	25.06.1976	DB 1976, 2067	
LAG Baden-Württemberg	22.11.1976	DB 1977, 826	
LAG Berlin	24.10.1977	EzA Nr. 15 zu § 613 a	
LAG Düsseldorf	30.12.1977	DB 1978, 702	
LAG Berlin	01.08.1978	DB 1979, 608	
LAG Baden-Württemberg	11.10.1978	DB 1979, 114	
LAG Hamm	28.03.1979	DB 1979, 1365	
LAG Düsseldorf	07.09.1979	DB 1979, 2182	
LAG Frankfurt a.M.	16.04.1980	EzA Nr. 30 zu § 613 a	m. Anm. Käppler
LAG Rheinland-Pfalz	01.09.1980	ZIP 1981, 202	
LAG Düsseldorf	03.09.1980	DB 1981, 1095	
LAG Hamm	17.12.1981	DB 1982, 1986	
LAG Köln	13.01.1982	DB 1982, 1327	
ArbG Rendsburg	28.01.1975	KTS 1975, 251	
ArbG Berlin	18.08.1975	BB 1975, 1253	
ArbG Lörrach	06.12.1976	DB 1977, 501	
ArbG Köln	29.07.1977	DB 1977, 2146	
ArbG Kaiserslautern	29.09.1977	DB 1978, 593	
ArbG Wuppertal	11.04.1978	DB 1979, 220	
ArbG Lübeck	17.08.1978	BB 1979, 989	m. Anm. Dau- enheimer
ArbG Wiesbaden	22.03.1979	DB 1979, 1607	
ArbG Hamm	16.10.1980	ZIP 1980, 1133	
ArbG Berlin	10.02.1982	- unveröffentlicht - Az. 18 Ca 238/81	

1. K A P I T E L

Einleitung und Problemstellung

I. Einführung in das Thema

Bereits vor Einfügung des § 613 a in das BGB durch § 122 des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972 ¹⁾ war das rechtliche Schicksal der Arbeitsverhältnisse beim rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang in Rechtsprechung und Schrifttum heftig umstritten ²⁾.

Aufgrund gesetzgeberischer Initiative wurde mit § 613 a Abs. 1 a.F. ³⁾ der Meinungsstreit dahin entschieden, daß im Falle einer rechtsgeschäftlichen Betriebs- oder Betriebsteilübertragung der Betriebs-erwerber in die beim Betriebsübergang bestehenden Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen eintritt. Abs. 2 regelt eine beschränkte Weiterhaftung des bisherigen Inhabers.

Anläßlich eines Vorschlags der EG - Kommission ⁴⁾ hat der Rat der EG am 14. Februar 1977 eine Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen erlassen (77/187/EWG) ⁵⁾. In Vollziehung dieser Richtlinie wurde durch das

1) Das Gesetz trat am 19.1.1972 in Kraft (BGBl., Jahrgang 1972, I, 13).

2) Zum Meinungsstand vgl. unten S. 9 ff; teils wurde ein Vertragspartnerwechsel kraft Gesetzes, teils durch dreiseitiges Rechtsgeschäft angenommen.

3) i.d.F. v. 19.1.1972

4) BT - Drucksache VII/2312 = RdA 1975, 124

5) RdA 1977, 162 f.

Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG - Anpassungsgesetz) vom 13. August 1980¹⁾ § 613 a Abs. 1 Sätze 2 - 4 eingefügt und durch Abs. 4 ergänzt, wobei die Änderungen des Abs. 1 den Übergang und den Bestand kollektiver Vereinbarung regeln, der neu eingefügte Abs. 4 eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses "wegen des Übergangs eines Betriebes oder Betriebsteiles" unwirksam macht.

Mit Einfügung des § 613 a hoffte der Gesetzgeber, die arbeitsrechtlichen Folgen eines Betriebsüberganges klar und eindeutig zu regeln²⁾. Dieses Vorhaben stellte sich jedoch schon bald als Trugschluß heraus, die durch § 613 a scheinbar gelösten früheren Streitigkeiten kehrten nunmehr auf der Ebene der tatbestandlichen Auslegung der neuen Vorschrift wieder³⁾. Dies zeigt sich insbesondere bei dem so fundamentalen Problem eines Widerspruchsrechts der Arbeitnehmer gegen den automatischen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses, das § 613 a ungeklärt ließ.

Darüber hinaus war die tatbestandlich äußerst unbestimmte Fassung des § 613 a eine Fülle neuer Pro-

1) BGBl., Jahrgang 1980, I, 1308

2) Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des BetrVG 1972, BT - Drucksache VI/1786, S. 59, wonach die Rechtsfolgen für die Arbeitsverhältnisse allgemein geregelt werden sollten.

3) Steckhan, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, S. 463, 470. BAG AP Nr. 1, 8, 10 zu § 613 a. In der Literatur fand § 613 a ein sehr kritisches Echo, das von "miserablem Stil" (Schwerdtner, SAE 1978, 60) bis zum Vorwurf der Unzulänglichkeit reichte (Schreiber, RdA 1982, 137, 138).

bleme auf ¹⁾. Erwähnt sei hier nur die Kontroverse, ob lediglich mittelbare rechtsgeschäftliche Betriebsübernahmevereinbarungen zwischen bisherigem Inhaber und Erwerber, insbesondere beim Inhaberwechsel vom Erst- auf den Zweitpächter, genügen oder ob unmittelbare rechtsgeschäftliche Bindungen zwischen altem und neuem Betriebsinhaber erforderlich sind. Ungeklärt ist auch, ob bei Übernahme von durch den Konkursverwalter bereits gekündigten Arbeitsverhältnissen dem Erwerber die bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichene Kündigungsfrist angerechnet wird oder aber eine erneute Kündigung durch den Erwerber nötig ist.

Ein problematischer Anwendungsfall des § 613 a ist das Insolvenzverfahren. Diese besondere Problematik erkannte der Gesetzgeber nicht ²⁾. Obwohl der weitgefaßte Wortlaut des § 613 a fordert, die Betriebsübernahmeregelung auch auf den Fall der insolvenzbedingten Betriebsveräußerung zu erstrecken, entbrannte in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nach Einfügung des § 613 a ein heftiger Streit über dessen Anwendbarkeit im Insolvenzfall ³⁾.

1) Trotz der vorausgegangenen intensiv, aber auch kontrovers geführten Diskussion zu den Problemen eines Inhaberwechsels nahm der Gesetzentwurf überraschend schnell und von der Öffentlichkeit nahezu unbemerkt die parlamentarischen Hürden, ohne daß die durch die tatbestandliche Fassung des § 613 a aufgeworfene Problematik ausdiskutiert war. Zur Diskussion um die Tatbestandsvoraussetzungen des § 613 a vgl. von Hoyningen - Huene/Windbichler, RdA 1977, 329.

2) Dies geht aus der Begründung des Gesetzgebers hervor, die die besondere insolvenzrechtliche Haftungsproblematik nicht erwähnt, BT - Drucksache VI/1786, S. 59.
Ebenso BAG AP Nr. 18 zu § 613 a und Bieler, BB 1981, 435, 438.
Unentschieden Riedel, NJW 1975, 765; German, S. 117.

3) Zum Meinungsstand vgl. unten S. 31 ff.

Ursache hierfür war, daß sich die Rechtsfolgen des § 613 a bei Veräußerung durch den Konkursverwalter im Rahmen der Masseverwertung u.a. deshalb als besonders problematisch erweisen, weil die in Konkurs geratenen Unternehmen oft personell überbesetzt oder in anderer Weise schlecht organisiert sind. Der uneingeschränkte Eintritt eines Betriebserwerbers in alle zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehenden Arbeitsverhältnisse hätte zur Folge, daß im Insolvenzfall Betriebe mit überdurchschnittlich hohen sozialen Lasten übernommen werden müßten. Jene könnten zwar in Zeiten wirtschaftlicher Prosperität gerechtfertigt sein, sprengen jedoch bei Übernahme des Betriebes im Konkurs den wirtschaftlich vertretbaren Rahmen eines rational kalkulierenden Erwerbers.

Eine uneingeschränkte Anwendung des § 613 a würde zudem ein hohes Haftungsrisiko des Erwerbers bedeuten, da dieser für die vor dem Betriebsübergang begründeten Arbeitnehmerforderungen gesamtschuldnerisch haftet (§ 613 a Abs. 2 i.V.m. § 421 BGB). Aufgrund des für potentielle Betriebserwerber nicht kalkulierbaren Haftungsrisikos war es Konkursverwaltern vielfach nicht möglich, überhaupt Interessenten für eine Betriebsveräußerung zu finden bzw. waren Erwerber nur unter Abzug sämtlicher noch offenstehender Arbeitnehmerforderungen vom Kaufpreis zur Übernahme bereit. Die im Interesse des Erhalts von Arbeitsplätzen konzedierte Kaufpreisminderung stellte für den Konkursverwalter ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko dar, da dieser Abzug zu Lasten der übrigen Konkursgläubiger erfolgte, die ihm wiederum zum Vorwurf machen konnten, er habe sich auf den Standpunkt stellen können, aufgrund der Unanwendbarkeit des § 613 a im Konkurs könne er keinen Abzug vom Kaufpreis verein-

baren ¹⁾. Gerade die unterschiedliche Rechtsprechung der einzelnen Arbeitsgerichte ²⁾ führte somit zu erheblichen Prozeßrisiken für Konkursverwalter.

In seinen praktischen Auswirkungen führte der Streit um die Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs dazu, daß eine große Rechtsunsicherheit ³⁾ bestand und vielfach Betriebsveräußerungen scheiterten, weil potentielle Erwerber wie auch Konkursverwalter dieses

1) Ähnlich Henckel, ZIP 1980, 2, 3.

2) Die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 613 a bejahen ArbG Rendsburg, KTS 1975, 251; LAG Schleswig-Holstein, BB 1976, 1369; LAG Hamm, DB 1979, 1365; LAG Düsseldorf, DB 1978, 702; ArbG Lörrach, BB 1977, 501; ArbG Lübeck, ARSt 1979, 98.

Für die Unanwendbarkeit des § 613 a auf Betriebsübergänge im Konkurs sprechen sich aus LAG Hamm, DB 1982, 1986; LAG Rheinland - Pfalz, Urteil v. 15.5.1975 - 5 TaBV 33/74 -; LAG Baden-Württemberg, DB 1977, 826; ArbG Köln, DB 1977, 2146.

Das BAG spricht sich nunmehr für die modifizierte Anwendung aus, AP Nr. 18 zu § 613 a.

3) Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, S. 508/509: Erfahrungen aus der Praxis der Gewerkschaften im Jahr 1975 bei Betriebsübergängen im Konkurs belegen dies:

Gewerkschaft	Arbeitsverträge anerkannt	Arbeitsverträge nicht anerkannt
DGB-Rechtsstellen	-	20
DAG	14	25
IG-Metall	11	28
IG Druck und Papier	3	5
IG Chemie	15	7
IG Bau	5	18
Gew. HBV	5	7
Gew. NGG	-	2
Gew. ÖTV	-	2
Gesamt	53	114

Vgl. unten auch die empirische Untersuchung am Beispiel des Konkursgerichts München.

Prozeßrisiko nicht eingehen wollten ¹⁾. In diesen Fällen mußten oftmals noch "lebensfähige Betriebe" ²⁾ statt zum "Betriebsbestehenswert" zu "Zerschlagungsteilwerten" ³⁾ veräußert werden oder wurden - nach vorheriger Lösung der Arbeitsverhältnisse durch den Konkursverwalter - im Zwangsversteigerungsverfahren erworben. Die Arbeitsplätze blieben in keinem Fall erhalten. Dies stellt eine Verkehrung des sozialen Schutzzwecks des § 613 a dar.

Am nachhaltigsten kann die mit der Einführung des § 613 a vom Gesetzgeber primär intendierte Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes ⁴⁾ durch Betriebsveräußerungen nach vorheriger Fortführung des Geschäftsbetriebs durch den Konkursverwalter erreicht werden, da hierdurch der Arbeitsplatz als solcher erhalten bleibt.

Gerade die einstweilige Betriebsfortführung, zu der sich ein Konkursverwalter nach § 129 Abs. 2 S. 1 KO schon vor Beschlußfassung eines Gläubigerausschusses entschließen kann, birgt aber für ihn erhebliche Risiken. Er haftet persönlich, wenn er schuldhaft den Geschäftsbetrieb des Gemeinschuldners noch zu einer Zeit fortführt, zu der keine Gewähr besteht, die neu einzugehenden Verbindlichkeiten voll zu befriedigen ⁵⁾.

1) Das von Kursverwaltern oftmals - u.a. Grub, KTS 1978, 129 ff; Kretschmer, KTS 1977, 137, 144 - vorgetragene Argument, der gesetzlich angeordnete Übergang aller Arbeitnehmer erschwere die Veräußerung von Betrieben bzw. mache sie unmöglich, soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit anhand einer empirischen Untersuchung am Beispiel des Konkursgerichts München für die Jahre 1967 - 1977 einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Vgl. Henckel, ZIP 1980, 2, 3; ders. ZIP 1980, 173. § 613 a stellte sich in diesen Fällen somit als lediglich vermeintlich dem Schutz der Arbeitnehmer dienend dar.

2) so Kretschmer, KTS 1977, 137, 144.

3) Uhlenbruck, KTS 1974, 1, 2.

4) siehe hierzu unten S. 25 f.

Einschränkend unter Verkenennung des Gesetzszwecks Martens, DB 1977, 495, 496.

5) BGH KTS 1961, 94; 1973, 251; WM 1975, 517

Die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs führt darüber hinaus regelmäßig zur Vermeidung eines Sozialplans gemäß § 112 BetrVG, immer jedoch zu einer wesentlichen Minderung etwaiger Sozialplanlasten ¹⁾.

Trotzdem ergaben Befragungen von Konkurs- und Vergleichsverwaltern im Jahr 1975, daß 86 % der Befragten selten oder nie einen insolventen Betrieb oder jedenfalls einen substantiellen Teil davon erhalten konnten ²⁾. Gleichzeitig berichteten 83 % der Konkursverwalter, daß sie selten oder nie einen Betrieb fortführten ³⁾. Diese Zahlen machen deutlich, daß die Rahmenbedingungen für eine Betriebsfortführung im Konkurs verbessert werden müssen und hierbei das persönliche finanzielle Risiko für den Konkursverwalter möglichst gering zu halten ist.

Auch die nach vorsichtigen Schätzungen mindestens 160 000 im Jahr 1982 durch Unternehmensinsolvenzen verloren gegangene Arbeitsplätze zeigen ⁴⁾, daß in der Praxis der Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen Schwierigkeiten bereitet. Gerade im Konkurs, in dem die Arbeitnehmer im besonderen schutzbedürftig sind ⁵⁾, erhält diese Zahl eine große arbeitsmarktpolitische Bedeutung. Während in den Nachkriegsjahren aufgrund des allgemeinen wirtschaftlichen Aufschwungs das Problem der Unternehmensinsolvenzen noch von geringerer Bedeutung war, zeigen gerade die enorm angestiegenen

1) von Stebut, DB 1975, 2438.

2) Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, S. 219

3) Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, S. 218

4) Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 29.12.1982, Nr. 299, S. 17

5) ähnlich Derleder, AuR 1976, 129

Insolvenzquoten der letzten Jahre ¹⁾ die wachsende Bedeutung einer teleologischen Anwendung des § 613 a auf Betriebsveräußerungen im Konkurs aus Gründen des Erhalts von Arbeitsplätzen.

Das BAG hat sich nunmehr in einer richtungsweisenden Entscheidung für eine modifizierte Anwendung des § 613 a unter besonderer Berücksichtigung des Bestandschutzes der Arbeitsverhältnisse, jedoch unter Ablehnung einer Haftungsübernahme des Betriebserwerbers für vor dem Betriebsübergang entstandene Arbeitnehmeransprüche ausgesprochen. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit kommt diesem Urteil erhebliche Bedeutung zu, da nunmehr Konkursverwalter wie Erwerber die rechtlichen Folgen einer Betriebsveräußerung und die auf sie zukommenden Pflichten und Haftungsrisiken anhand der höchstrichterlichen Entscheidung eher im voraus beurteilen können.

Nicht zuletzt zeugen auch die Bestrebungen der Kommission zur Reform des Insolvenzrechts, ein Reorganisationsverfahren für illiquide Betriebe einzuführen, von der aus arbeits- und wirtschaftspolitischer Sicht notwendigen Verbesserung der Chancen für eine Betriebsfortführung trotz Konkurses.

Gleichwohl versteht sich die vorliegende Untersuchung als ein Diskussionsbeitrag, auf der Grundlage des geltenden Rechts die Betriebsfortführung unter einem anderen Inhaber und damit die Rückkehr in die erwerbswirtschaftliche Rentabilität zu erleichtern.

1) Nach Angaben von Daten des statistischen Bundesamts sowie einer Mitteilung der FAZ vom 22.9.1982, Nr. 219, S. 14, entwickelte sich die Konkursstatistik in den Jahren 1960 - 1982 wie folgt:
1960: 2689; 1970: 3943; 1975: 8942; 1980: 9059;
1981: 11580; 1982: 15877

II. Ziel und Gang der Arbeit

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die wichtigsten bei einem Betriebsinhaberwechsel im Konkurs auftauchenden Probleme - unter besonderer Berücksichtigung des § 613 a - einer dogmatischen Lösung zuzuführen.

Dabei soll zunächst in einem kurzen historischen Rückblick die gesetzliche Regelung des Betriebsübergangs vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte aufgezeigt werden. Daran anschließend wird die Anwendbarkeit des § 613 a im Rahmen eines Konkursverfahrens einer eingehenden Untersuchung unterzogen. In einem weiteren Kapitel werden die individualrechtlichen Auswirkungen eines Betriebsinhaberwechsels im Konkurs untersucht, wobei insbesondere auf die Änderung von Arbeitsverträgen sowie auf die konkursspezifischen Probleme einer Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Zusammenhang mit Betriebsübergängen einzugehen sein wird. In einem weiteren Abschnitt wird schwerpunktmäßig die Bedeutung des § 613 a für die Insolvenzsicherung betrieblicher Ruhegeldanwartschaften behandelt. Daran schließt sich eine Prüfung der Frage an, inwieweit ein Betriebsinhaberwechsel im Konkurs Mitwirkungsrechte des Betriebsrates auslöst. In einer abschließenden Wertung wird die bestehende gesetzliche Regelung des § 613 a einer kritischen Würdigung unterzogen.

2. K A P I T E L

Die gesetzliche Regelung des Betriebsübergangs
- § 613 a - vor dem Hintergrund ihrer Entstehungs-
geschichte

Die Tatsache, daß sich § 613 a - laut Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 BetrVG (später § 122 BetrVG) - an die "einschlägige Rechtsprechung" anlehnt ¹⁾, macht es erforderlich, vor Erörterung der ratio legis des § 613 a einen kurzen Rückblick auf die historische Entwicklung sowie den Meinungsstand vor Einfügung des § 613 a zu werfen.

A) Die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 613 a

Dem 1972 in Kraft getretenen § 613 a war in Literatur und Rechtsprechung eine jahrzehntelange Diskussion über die Rechtsfolgen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsinhaberwechsels für bestehende Arbeitsverhältnisse vorausgegangen. Bis zur gesetzgeberischen Klärung der Streitfrage war zweifelhaft, ob und wie die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen.

I. Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf bestehende Arbeitsverhältnisse - Lösungsversuche in Rechtsprechung und Schrifttum

Auslösendes Moment für die Diskussion um die individualrechtlichen Folgen eines Betriebsinhaber-

1) BT - Drucksache VI/1786, S. 59

wechsels war § 2 Abs. 1 S. 1 AngKSchG von 1926 ¹⁾:

"Ein Arbeitgeber, der in der Regel mehr als zwei Angestellte, ausschließlich der Lehrlinge, beschäftigt, darf einem Angestellten, den er oder im Falle einer Rechtsnachfolge, er und seine Rechtsvorgänger mindestens 5 Jahre beschäftigt haben, nur mit mindestens 3 Monaten Frist für den Schluß eines Kalendervierteljahres kündigen".

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 AngKSchG wurde somit die beim Rechtsvorgänger verbrachte Betriebszugehörigkeit im Hinblick auf eine mögliche Verlängerung von Kündigungsfristen in Anrechnung gebracht. § 2 Abs. 1 AngKSchG war damit der erste Ansatz zur gesetzlichen Regelung des Betriebsüberganges.

1) Meinungsstreit im Schrifttum

a) Vertragspartnerwechsel durch dreiseitiges Rechtsgeschäft

Die bis zur Kodifikation des § 613 a überwiegende Lehre erkannte nur privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten an und lehnte einen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse ab ²⁾. Bedingt durch den alle Vertragstypen überlagernden Theorienstreit hinsichtlich der Übertragbarkeit eines Vertragsverhältnisses in toto, war die h.M. zwei Grundströmungen un-

-
- 1) abgedruckt bei Sitzler/Goldschmidt, S. 15
2) Hueck/Nipperdey, § 54 III; Galperin, DB 1962, 1078; Kirschner, DB 1964, 1061, 1062; Denecke, RGRK, § 613 Anm. 2; Staudinger/Nipperdey, § 613 Rdnr. 20 - 22; Gaul, Betriebsinhaberwechsel und Arbeitsverhältnis, S. 48 ff; Bobrowski/Gaul, S. 612 ff.
Weitere Nachweise bei Brecher, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 187 ff; Wiese, S. 43 ff; Borngräber, S. 29 Anm. 8.

terworfen: Nach der sog. Zerlegungstheorie war nur die Übertragung einzelner Rechte und Pflichten möglich, aber auch ausreichend. Die Einheitstheorie hingegen ermöglichte die Übernahme eines Vertragsverhältnisses insgesamt durch einen "Vertragsübernahmevertrag" ¹⁾. Von den Vertretern der Einheitstheorie erachteten einige die Zustimmung der Arbeitnehmer zum Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse für entbehrlich ²⁾, andere wiederum gingen grundsätzlich von einem Zustimmungserfordernis seitens der Arbeitnehmer aus und sahen dieses entweder in der widerspruchslosen Fortsetzung der Arbeit unter dem neuen Betriebsinhaber ³⁾ oder in einer bei Vertragsschluß für Fälle etwaigen Betriebsübergangs im voraus erklärten konkludenten Zustimmung ⁴⁾.

Die Hauptbedeutung der rechtsgeschäftlichen Konstruktion lag darin, daß es ganz auf den Willen des Erwerbers ankam, ob er das Arbeitsverhältnis mit den einzelnen Arbeitnehmern fortsetzen wollte oder nicht. Er konnte also frei entscheiden, ob er die gesamte Belegschaft oder nur einen Teil davon übernehmen wollte. Der Arbeitnehmer hatte damit keinen Anspruch gegen den Erwerber auf Übernahme ⁵⁾.

-
- 1) Bereits von Thur hielt es ausnahmsweise für möglich, durch zusätzliche Parteiabreden ein Schuldverhältnis als solches zu übertragen, S. 129 f., 220 f. Vgl. zu diesem Theorienstreit die grundlegenden Ausführungen von Wiese, S. 43 ff. sowie die Darstellung bei Posth, S. 19 ff., jeweils m.w.N.
 - 2) Schnorr von Carolsfeld, § 8 B I 1 b, S. 229; Hueck/Nipperdey, § 54 III 1, S. 514; Posth, S. 24/25 m.w.N.
 - 3) Adomeit, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 102; Pleyer, DB 1966, 1476; Staudinger/Mohnen, § 613 Anm. 22; Posth, S. 25 m.w.N.
 - 4) Ähnlich bereits von Gierke, S. 607 Anm. 57, der es als von den Vertragspartnern gewollt ansah, daß die dem bisherigen Betriebsinhaber (bzw. dem Unternehmen) zugesagte Dienstleistung bei Betriebsübergang auf den Erwerber übertragen werden soll.
 - 5) Nikisch, § 46 II 3, S. 659; Posth, S. 25 m.w.N.
- 5) so auch Becker - Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305.

b) Vertragspartnerwechsel kraft Gesetzes

Im Interesse der Verbesserung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer zeigten sich in der Rechtswissenschaft schon früh Bestrebungen, den Übergang eines Arbeitsverhältnisses automatisch und unabhängig vom Willen der Vertragspartner mit Betriebsübergang eintreten zu lassen.

Die von Nikisch begründete Lehre eines automatischen Übergangs von Arbeitsverhältnissen fand aufgrund der allgemein als unbefriedigend und unsozial empfundenen Rechtsfolgen der h.M. rasch vermehrte Unterstützung im Schrifttum ¹⁾.

Ein Teil der Literatur billigte dabei den Arbeitnehmern ein Widerspruchsrecht zu, um den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse verhindern zu können ²⁾.

Heftig umstritten war, ob bei einem Betriebsübergang Ruhestandsverhältnisse auf den Erwerber übergehen. Zum Teil wurde die Vermutung ausgesprochen, daß nicht nur die Arbeitsverhältnisse, sondern auch Ruhestandsverhältnisse nach dem Willen der Beteiligten übergehen sollten, da nach kaufmännischer

1) Nikisch, § 46 II 4, S. 660 f., der aufgrund "auffallender Ähnlichkeiten" zum Übergang eines Mietverhältnisses bei Veräußerung des vermieteten Grundstücks eine analoge Anwendung des § 571 BGB bejahte.

Ihm folgten, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, u.a. Bötticher, Festschrift für Nikisch, S. 3 ff.; Hörnig, AuR 1954, 272; Molitor, S. 39 ff; Rewolle, DB 1950, 402; Brecher, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 184 ff; Maus. VI A Rdnr. 11 ff. Weitere Nachweise bei Krejci, S. 90 Anm. 23 und Soergel/Wlotzke/Volze, 9. Aufl., § 613 Rdnr. 11. Vgl. hinsichtlich der verschiedenen theoretischen Begründungsansätze die ausführliche Zusammenfassung bei Fuchs, S. 56 ff.

2) Soergel/Wlotzke/Volze, a.a.O., § 613 Rdnr. 10 m.w.N.

Auffassung Ruhegeldverpflichtungen als auf dem Betrieb ruhende, aus dem Betriebsgewinn oder etwaigen betrieblichen Rückstellungen zu tragende Lasten anzusehen sind ¹⁾. Andere sprachen sich mangels ausdrücklicher Absprache gegen einen derartigen Übergang aus ²⁾.

2) Übersicht über die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des § 613 a

Die ältere Rechtsprechung bejahte in Übereinstimmung mit der damals h.M. die Notwendigkeit einer rechtsgeschäftlichen Übertragung von Arbeitsverhältnissen ³⁾. Gleichzeitig erweiterte sie bei Betriebsinhaberwechsel und Betriebsnachfolge im Zweifel die Eintrittspflicht des neuen Inhabers durch die stillschweigende Überleitung der Ruhestandsverhältnisse ⁴⁾. Danach beruhen der Ruhegeldanspruch und das Verhältnis des Pensionärs zu seinem alten Betrieb auf einer Nachwirkung des alten Arbeitsverhältnisses. Es sei deshalb folgerichtig, wenn der Betriebserwerber auch in diese mit dem Betrieb zusammenhängenden Verpflichtungen eintrete.

1) Hueck, BB 1951, 366; Dietz, BetrVG, 2. Aufl., Rdnr. 7o zu § 1.

2) Beitzke, BB 1951, 42o; Nikisch, S. 662; vgl. auch Wendling, S. 111 m.w.N. (Anm. 2).

3) Vgl. die Zusammenstellungen bei Brecher, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 186 f., Fuchs, S. 71 ff. und Gitter, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 135 Anm. 2o m.w.N.

A.A. LAG Mannheim, AP 52, 228, S. 5o6/5o7; LAG Frankfurt/Main, BB 1965, 127o, der Ansicht von Nikisch unter analoger Anwendung des § 571 BGB folgend.

4) LAG Frankfurt/Main, AP 51, 152; AP 52, 131; LAG Bremen, AP 51, 111: Die Verpflichtung ergab sich hierbei aus der Generalklausel des Übernahmevertrages, nach der die Betriebsnachfolgerin "in alle laufenden Verträge" der Vorgängerin eintrat.

Ebenso Hueck, BB 1951, 366.

Das BAG hatte sich vor Einfügung des § 613 a insbesondere mit der Frage nach dem Übergang der Arbeitsverhältnisse eines leitenden Angestellten sowie eines Arbeitnehmers zu befassen, der Dienste höherer Art zu leisten hatte ¹⁾. Es lehnte dabei - unter Beschränkung der Entscheidung auf die vorgenannten Personengruppen - einen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse ab ²⁾. Da das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und seinen Führungskräften eine besondere Vertrauensbasis voraussetze, sei zur Übertragung des Arbeitsverhältnisses die Zustimmung sowohl des Arbeitnehmers wie des Erwerbers erforderlich. Aus § 613 S. 2 BGB folge zudem, daß ein automatischer Übergang gegen die personale Würde des leitenden Angestellten verstoße. Schließlich werde die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Erwerbers eingeschränkt, obwohl die geltende Rechtsordnung eine Zwangsübertragung von Rechtsverhältnissen in toto grundsätzlich nicht kenne und eine darauf gerichtete Rechtsfortbildung unzulässig sei. Das BAG ließ offen, inwieweit die von ihm für leitende Angestellte aufgestellten Grundsätze von allgemeiner Bedeutung sind ³⁾. Einen automatischen Übergang von Ruhestandsverhältnissen lehnte das BAG ab, da dieser nur durch

-
- 1) BAG, AP/Nr. 1 und 6 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge.
Vgl. zur Rechtsprechung des BAG vor und nach Einfügung des § 613 a Gitter, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 135 ff.
 - 2) ausführlich hierzu Posth, S. 31 ff. sowie Fuchs, S. 71 ff.
 - 3) nach der Argumentation des BAG in AP Nr. 1 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge - (unter III 2 a der Gründe) erscheint es denkbar bzw. wahrscheinlich, daß es sich bei gegebenem Anlaß auch im Hinblick auf die übrigen Arbeitnehmer gegen einen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse ausgesprochen hätte.

ausdrückliche Parteivereinbarung zustandekommen könne ¹⁾. Damit steht fest, daß die in der Begründung des Regierungsentwurfs als "einschlägig" apostrophierte Rechtsprechung den gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse bei rechtsgeschäftlich herbeigeführtem Betriebsinhaberwechsel abgelehnt hatte ²⁾.

II. Versuche einer gesetzlichen Regelung

Der umfangreiche Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum hinsichtlich der Auswirkungen eines Betriebsüberganges auf Arbeitsverhältnisse ließ aus rechtspolitischen Erwägungen bereits frühzeitig Versuche des Gesetzgebers erkennen, die vorgenannten Probleme zusammenhängend zu lösen. Gleichwohl blieben die beiden erarbeiteten Gesetzesentwürfe im Versuchsstadium stecken.

1) Entwurf eines "Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (1923)

Der auf Initiative des Reichsarbeitsministeriums erarbeitete Entwurf ³⁾ regelte die Betriebsübergangsfrage in den §§ 23 ff. § 25 S. 1 des Entwurfs begründete keine Verpflichtung des Erwerbers zur Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse, sondern stellte lediglich eine Auslegungsregel für den Zweifelsfalls auf ⁴⁾.

1) BAG AP Nr. 7 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge - sowie BAG BB 1973, 565.

2) ebenso Posth, S. 37.

3) RArbBl. 1923, Amt.T., S. 498 ff.

4) so auch Krejci, S. 239.

§ 25 S. 1 hatte folgenden Wortlaut:

"Wird ein Unternehmen veräußert oder aus anderem Rechtsgrunde von einem Dritten forgeföhrt, so sind Ansprüche auf Arbeitsleitung im Zweifel übertragbar und übertragen."

§ 25 letzter Satz ordnete zudem eine Forthaftung des ausscheidenden Arbeitgebers über den Zeitpunkt des Eintritts des Betriebsnachfolgers hinaus an. Demnach sollte der frühere Arbeitgeber bis zum ersten Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer hätte kündigen können, wie ein selbstschuldnerischer Bürge (ähnlich § 733 Abs. 1 Nr. 1 BGB) haften.

Ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gegen die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsnachfolger sah § 25 nicht vor ¹⁾. § 26 des Entwurfs von 1923 berechnete jedoch den Arbeitnehmer, im Fall der Betriebsübernahme auch ein befristetes Arbeitsverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften zu lösen. Nur in dem Fall, daß bei Abschluß des Arbeitsvertrages Unübertragbarkeit vereinbart war, sollte ein Zustimmungserfordernis vonnöten sein.

2) Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis (1938)

Einen weitgehenden Arbeitnehmerschutz sah § 90 des 1938 vorgelegten Entwurfes "eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" vor ²⁾:

1. Geht ein Betrieb als Ganzes, wenn auch unter Abstoßung einzelner Teile oder unter Aufgabe einzelner Betriebszweige, in andere Hände über, so tritt der neue Unternehmer in die bestehenden Arbeitsverhältnisse mit dem Tage des Übergangs ein ³⁾. Eine abweichende Regelung zwischen dem bisherigen und dem neuen Unternehmer ist nichtig.

1) Krejci, a.a.O., tendiert eher zu der gegenteiligen Auffassung.
2) Entwurf veröffentlicht in: Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 8, S. 30 ff.
3) insoweit ungenau zitiert bei Krejci, S. 240/241 und Wendling, S. 15

2. Der bisherige Unternehmer haftet neben dem neuen Unternehmer für Ansprüche der Gefolgs-männer:
 - a) als Gesamtschuldner, soweit sie vor dem Übergang fällig geworden sind,
 - b) als Bürge, soweit sie nach dem Übergang, aber vor dem Zeitpunkt fällig werden, an dem das Arbeitsverhältnis beendet wäre, wenn es am Tage des Betriebsüberganges gekündigt worden wäre.
3. Die Vorschrift des Abs. 2 ist zwingend.

§ 90 Abs. 1 formulierte damit erstmals eine Fortsetzungspflicht des Betriebsnachfolgers, sah jedoch für den Arbeitnehmer keine Möglichkeit einer einseitigen Ablehnung des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses vor ¹⁾. Im Unterschied zum Entwurf von 1923 begrenzte § 90 Abs. 2 die Forthaftung des bisherigen Arbeitgebers dadurch, daß dieser zeitlich beschränkt nur für solche Ansprüche haften sollte, die bis zu dem Zeitpunkt fällig werden, an dem das Arbeitsverhältnis beendet wäre, wenn es am Tag des Betriebsüberganges gekündigt worden wäre. Der Arbeitsrechtsausschuß führte hierzu in seiner Begründung aus, daß im Falle des Unterlassens der Kündigung zum ehestmöglichen Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Betriebserwerber und Arbeitnehmer willentlich fortgesetzt werde ²⁾. Auf die Berechnung von Versorgungsanswartschaften sollte der Übergang des Arbeitsverhältnisses keine Einfluß haben ³⁾.

1) so auch Krejci, S. 240.

2) Begründung zum Gesetzentwurf, a.a.O., S. 91 ff.

3) Begründung zum Gesetzentwurf, a.a.O., S. 91 ff.

III. Der Betriebsinhaberwechsel im Rahmen eines
Konkursverfahrens vor Inkrafttreten des
§ 613 a

Vor Einfügung des § 613 a waren die Rechtsfolgen einer Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter in Bezug auf Arbeitsverhältnisse kaum Anlaß zu Diskussionen.

Für die h.M. warf ein Betriebsübergang im Konkurs keine besonderen Probleme auf, da potentielle Erwerber nach freiem Ermessen wählen konnten, ob und mit welchen Arbeitnehmern sie das Arbeitsverhältnis fortsetzen wollten ¹⁾.

Zudem war dem damals geltenden Recht eine Haftungsübernahme des Erwerbers für rückständige Arbeitnehmeransprüche - wie sie nunmehr § 613 a Abs. 2 vorsieht - unbekannt.

Bei Veräußerung eines Handelsgeschäftes aus der Konkursmasse galt § 25 Abs. 1 HGB als abbedungen. Aufgrund der besonderen Interessenlage - so argumentierte die h.M. - könne § 25 HGB auf die Fälle konkursmäßiger Geschäftsübertragung keine Anwendung finden, da der Konkursverwalter ausschließlich Aktiva übertrage und die Passiva ihre insolvenzrechtliche und damit meist quotale Bereinigung im Rahmen gerichtlicher Verfahrensabwicklung fänden ²⁾.

Auch eine Haftung des Betriebserwerbers nach § 419 BGB war durch das konkursmäßige Schuldenbereinigungsverfahren ausgeschlossen. Die Arbeitnehmer waren auf die insolvenzrechtliche Schuldenregelung beschränkt; ihre Ansprüche berechtigten auch weiterhin nur zu

1) Siehe oben S. 10 ff.

So auch Steckhan, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, S. 476.

2) Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., § 1 Anm. 7

einer konkursmäßigen Befriedigung, da die Gesamtveräußerung des Geschäfts des Gemeinschuldners gerade zu dem Zweck erfolgte, aus dem Erlös die Konkursgläubiger nach den Vorschriften der Konkursordnung zu befriedigen ¹⁾.

Nach Ansicht des BAG war bei Erwerb eines Betriebs aus der Konkursmasse nicht zu vermuten, daß der Erwerber als Betriebsnachfolger stillschweigend in die Ruhestandsverhältnisse eingetreten ist ²⁾. Eine besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gerade im Konkurs wurde nicht anerkannt. Die h.M. erleichterte damit einen Betriebsübergang im Konkurs ganz erheblich, da es möglich war, einen Betrieb unbelastet von sozialen Ansprüchen zu veräußern ³⁾.

Konsequenterweise warf die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter für die h.M. keine besonderen Probleme auf und wurde auch in Schrifttum und Rechtsprechung - soweit ersichtlich - nicht erörtert.

Die in Rechtsprechung und Literatur vertretene Mindermeinung sah zwar den automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber vor (u.U. auch gegen dessen erklärten Willen ⁴⁾), eine Haftung des Erwerbers für rückständige Arbeitnehmeransprüche wurde von ihr jedoch nicht gefordert. Mit den im Konkurs auftauchenden Problemen hat sich - soweit ersichtlich - lediglich Rewolle beschäftigt ⁵⁾. Er hat bei Vorliegen einer Rechtsnachfolge nach Konkurseröffnung

1) Mohrbutter/Haarmann, S. 155.

2) AP Nr. 7 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge -.

3) Trotz der als sozialpolitisch unbefriedigend empfundenen Regelung (kein Bestandsschutz vor Arbeitsverhältnissen im Konkurs) glaubte die h.M. aus dogmatischen Gründen kein anderes Ergebnis erzielen zu können, vgl. Gaul, Betriebsinhaberwechsel und Arbeitsverhältnis, S. 48 ff.

4) Soergel/Wlotzke/Volze, 9. Aufl., § 613 Rdnr. 11

5) DB 1950, 402, 403.

angenommen, daß die Arbeitsverhältnisse von dem Betriebserwerber mit übernommen werden müssen. Die Übernahmepflicht erstreckte sich auch auf Angestellte, die "bereits längere Zeit im Kündigungsverhältnis standen". Zudem führte er aus, daß eine von dem Konkursverwalter ausgesprochene Kündigung eines Arbeitsverhältnisses dann keine Rechtswirkung zugunsten des Betriebsnachfolgers zeige, wenn dieser den entlassenen Arbeitnehmer übernommen habe ¹⁾. In diesem Fall sei es erforderlich, daß der spätere Inhaber erneut kündige.

Die Lehre vom Übergang kraft Gesetzes verwirklichte praktikabel den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse. Die Tatsache, daß sie hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit im Konkurs weit weniger problematisiert wurde als die jetzige Regelung in § 613 a, beruht darauf, daß die potentielle Betriebserwerber nach geltendem Recht oftmals allzu belastende Haftungsübernahmeregeln des § 613 a Abs. 2 fehlte.

1) so incidenter Rewolle, DB 1950, 402, 403.

B) Zweck und Bedeutung des § 613 a i.d.F.
v. 15.1.1972

Die zentrale Bedeutung des § 613 a für Betriebsveräußerungen im Konkurs macht es notwendig, zunächst in einem zusammenfassenden Überblick die gesetzgeberische Problemlösung darzustellen, um den vom Gesetzgeber beabsichtigten Normzweck verständlich zu machen.

I. Die gesetzliche Regelung des § 613 a a.F.

1) Inhalt der Regelung

§ 613 a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, eingefügt in das BGB durch § 122 BetrVG vom 15.1.1972 ¹⁾, haben zur Folge, daß bei Betriebsveräußerung eine Auswechslung des Vertragspartners auf Arbeitgeberseite erfolgt und nicht lediglich ein Eintritt in die Rechte und Pflichten ohne Übernahme der Vertragshülle stattfindet ²⁾. In Abs. 2 ordnet der Gesetzgeber eine beschränkte Weiterhaftung des bisherigen Arbeitgebers gesamtschuldnerisch neben dem Erwerber für solche Ansprüche an, die bis zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges entstanden waren.

2) Der sachliche Anwendungsbereich des § 613 a

Der sachliche Anwendungsbereich des § 613 a ist umstritten. Teilweise wird argumentiert, daß die Anwendung des § 613 a aufgrund seiner Einfügung durch

1) Vgl. oben S. 1.

2) So auch Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 39 sowie Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B III 2 a m.w.N.

§ 122 BetrVG 1972 auf den Geltungsbereich des BetrVG beschränkt sei ¹⁾.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Einfügung des § 613 a gerade durch § 122 BetrVG erfolgte nicht aus rechtsdogmatischen oder rechtssystematischen Überlegungen, sondern hatte seinen Grund darin, daß der DGB anlässlich der Beratungen zur Neufassung des BetrVG geforderte hatte, den Betriebsübergang als solchen der Mitbestimmung des Betriebsrats (§§ 111 ff. BetrVG) zu unterwerfen. Der Gesetzgeber kam diesem Verlangen nicht nach.

Zwar zeigt die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 - später § 122 - BetrVG ²⁾, daß der Gesetzgeber die Rechtsfolgen des Betriebsüberganges primär unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten regeln wollte und hierbei den individualrechtlichen Konsequenzen nicht die ihnen gebührende Aufmerksamkeit zukommen ließ ³⁾. Andererseits führt diese Begründung jedoch eindeutig aus, daß durch § 613 a "die Rechtsfolgen eines Betriebsüberganges für die Arbeitsverhältnisse allgemein geregelt werden" sollten ⁴⁾. Damit findet § 613 a auch auf nicht betriebsratsfähige Betriebe, auf Betriebe, in denen kein Betriebsrat existiert, sowie für alle Arbeitnehmer einschließlich der leitenden Angestellten Anwendung ⁵⁾. § 613 a ist aus diesem

-
- 1) Erman/Küchenhoff, § 613 a Anm. 8; Mayer - Maly, BB 1973, 761, 769.
Für eine einschränkende Auslegung in dem genannten Sinn spricht sich auch Krejci, S. 246, aus, der § 613 a als eine Ergänzung des bestehenden Kündigungsschutzsystems ansieht.
- 2) BT - Drucksache, VI/1786, S. 59.
- 3) so auch Wendling, S. 16.
- 4) so der Wortlaut in BT - Drucksache VI/1786, S. 59.
- 5) Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 303.
Wie hier auch Fischer, S. 5 ff., der durch eine ausführliche Untersuchung der Gesetzessystematik zum gleichen Ergebnis kommt.

Grund in seinem Anwendungsbereich unabhängig von BetrVG und stellt eine bürgerlich-rechtliche, in die Systematik des BGB eingepaßte Regelung dar ¹⁾.

II. Die Intention des Gesetzgebers

1) Sicherung der betriebsverfassungsrechtlichen Kontinuität

Im Vordergrund der Bemühungen des Gesetzgebers stand zunächst der betriebsverfassungsrechtliche Aspekt eines Betriebsinhaberwechsels.

Die Begründung zu § 123 des Regierungsentwurfs eines BetrVG läßt erkennen, daß der Gesetzgeber insbesondere den Mißbrauch unterbinden wollte, daß allzu häufig Konkurrenzunternehmen Betriebe nur deshalb erwarben, um sie sogleich stilllegen zu können ²⁾.

Dem DGB-Vorschlag, den Tatbestand des Betriebsübergangs durch entsprechende Erweiterung des § 111 BetrVG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu unterwerfen, folgte der Gesetzgeber nicht ³⁾. Viel-

1) BAG, Beschluß vom 7.11.1975, AP Nr. 3 zu § 99 BetrVG; BAG, Urteil vom 22.2.1978, AP Nr. 11 zu § 613 a. Weitere Nachweise bei Fischer, S. 11 Anm. 1.

2) BT - Drucksache VI/1786, S. 59.

3) Vorschlag des DGB zur Änderung des BetrVG, 1970, S. 30: Entwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes, § 71 Abs. 1 lit. f:

"Der Unternehmer hat den Betriebsrat über alle geplanten Betriebsänderungen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Bei geplanten Betriebsänderungen, die Nachteile für die Arbeitnehmer zur Folge haben können, hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht. Als Betriebsänderungen i.S.d. Satzes 2 gelten u.a.:
- f) Wechsel des Betriebsinhabers."

Dieser erhebliche Eingriff in die Privatautonomie hätte möglicherweise eine verfassungsrechtliche Problematik (Art. 14, 2 GG) aufgeworfen, da er durch das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip nicht gerechtfertigt ist.

mehr stand die betriebsverfassungsrechtliche Bedeutung des § 613 a im Vordergrund. Es sollte gesichert werden, daß bei Übergang eines Betriebes, in dem ein Betriebsrat existiert, die Arbeitsverhältnisse auch der Betriebsratsmitglieder auf den Erwerber übergehen, ihr Amt und damit der Betriebsrat als solcher bestehen bleibt ¹⁾. Ein Inhaberwechsel sollte somit die Rechtsstellung des Betriebsrats unberührt lassen.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kam danach nur in Frage, wenn anläßlich der Betriebsübernahme organisatorische Veränderungen (§ 111 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BetrVG) oder Betriebsstillegungen mit nachteiligen Auswirkungen für die Arbeitnehmer geplant waren.

2) Umfassende Arbeitsplatzsicherung

Der Schwerpunkt der Regelung des § 613 a liegt - insoweit seiner gesetzessystematischen Einordnung in die individualrechtlichen Arbeitnehmerschutzrechte des BGB sowie seinem Charakter als bürgerlich-rechtliche Regelung entsprechend - in einer umfassenden Arbeitsplatzsicherung zugunsten der Arbeitnehmer aufgrund der gesetzlichen Überleitung ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber ²⁾. Der Gesetzgeber wollte allgemein den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse erweitern ³⁾.

1) Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 302.

2) So die ganz h.M. in Rechtsprechung und Schrifttum: Hasford, BB 1973, 526, 527; Krejci, S. 246; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 2; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B III 1; Posth, S. 42 m.w.N.; Lieb, S. 18; BAG AP Nr. 1 zu § 613 a (Bl. 866); AP Nr. 11 zu § 613 a (Bl. 747).
A.A. Martens, DB 1977, 495, 496; LAG Hamm, DB 1982, 1986.

3) BAG AP Nr. 1 und 11 zu § 613 a.
A.A. Martens, DB 1977, 495, 496, der unter Berufung auf die Begründung des Regierungsentwurfs § 613 a ausschließlich betriebsverfassungsrechtlichen Charakter zuerkennt.

Diese Ansicht wird durch den Wortlaut des Abs. 1 bestätigt, der eine Garantie des rechtlichen status quo zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs zugunsten der Arbeitnehmer zur Folge hat ¹⁾. Insbesondere stellte § 613 a im Unterschied zur früheren Rechtslage ein Willkürverbot gegenüber Betriebserwerbern auf, die Übernahme von Arbeitsverhältnissen nach eigenem Ermessen zu bestimmen ²⁾.

Gegenüber der früher h.M. ³⁾ hatte somit der Gesetzgeber mit Einfügung des § 613 a eine veränderte Rechtslage mit dem Ziel einer Verbesserung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer geschaffen.

Entgegen anderslautenden Stellungnahmen im Schrifttum ⁴⁾ war es nicht der Hauptzweck des § 613 a, dem Erwerber die eingearbeiteten Arbeitskräfte zu erhalten.

1) so insbesondere Hasford, BB 1973, 526, 527.

A.A. LAG Hamm, DB 1982, 1986.

2) ähnlich argumentiert Fischer, S. 9.

3) siehe oben S. 11 f.

4) Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 2, argumentiert, § 613 a wolle unter anderem auch dem Erwerber die eingearbeiteten Arbeitskräfte erhalten. Sein Gedankengang ist jedoch nicht schlüssig, da er gleichzeitig - der Ansicht des BAG AP Nr. 1 zu § 613 a folgend - ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer gegen die gesetzliche Überleitung ihrer Arbeitsverhältnisse bejaht (a.a.O., Rdnr. 41). Durch das vom BAG den Arbeitnehmern zutreffend zugebilligte Widerspruchsrecht (vgl. unten S.) wird ein Schutz des Erwerbers bzgl. der Übernahme eingearbeiteten Personals ausgeschlossen, da Arbeitnehmer durch einseitige Willenserklärung die Fortsetzung ihrer Arbeitsverhältnisse mit dem Erwerber verhindern können. § 613 a könnte somit nur dann auch gegenüber dem Erwerber einen Schutzzweck beinhalten, wenn ein einseitiges Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer abgelehnt wird. Die Bezugnahme des Gesetzgebers in seiner Begründung zu § 613 a auf die frühere "einschlägige Rechtsprechung" (BT - Drucksache VI/1786, S. 59) zeigt jedoch, daß er die bisherige Recht-

3) Haftungsverteilung

§ 613 a Abs. 2 will eine Haftungsverteilung zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber erreichen ¹⁾. Die Haftungsübernahmeverpflichtung des Erwerbers wie auch die beschränkte Weiterhaftung des Veräußerers nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis dienen dazu, der wechselseitigen Interessenlage der am Betriebsübergang Beteiligten gerecht zu werden. Zum einen kann der bisherige Arbeitgeber bei Veräußerung seines Betriebes und gleichzeitigem Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber einen erhöhten Kaufpreis (eingearbeitetes Betriebspersonal) erzielen, zum anderen drängt er durch die Betriebsveräußerung seinen Arbeitskräften einen anderen, möglicherweise wenig solventen oder geschäftsuntüchtigen Schuldner auf.

Aus diesen Gründen sah es der Gesetzgeber als gerechtfertigt an, den bisherigen Arbeitgeber zwar aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden zu lassen, ihn jedoch nicht von jeglicher Haftung zu befreien ²⁾.

Fortsetzung von Fn. 4) von S. 26:

sprechung des BAG, wonach bei Betriebsübergang eine Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich sei (u.a. BAG AP Nr. 1 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge -; BAG AP Nr. 1 zu § 613 a m.w.N.), bekräftigen wollte. Aus diesem Grund beabsichtigte der Gesetzgeber mit Einführung des § 613 a nicht einen irgendwie gearteten Arbeitgeberschutz bezüglich des Erhalts eingearbeiteter Arbeitskräfte.

- 1) A.A. offensichtlich Posth, S. 38 ff. der diese gesetzgeberische Intention nicht beachtet.
- 2) Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 57; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B III 1.

4) Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Aufgrund der vor Einfügung des § 613 a diskutierten Schwierigkeiten eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs und den in Rechtsprechung und Schrifttum heftig umstrittenen Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf Arbeitsverhältnisse bezweckte § 613 a auch eine Beseitigung bestehender Rechtsunsicherheiten ¹⁾. Insbesondere sollte den am Betriebsübergang Beteiligten eindeutig aufgezeigt werden, welche Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen ²⁾.

C) Zweck und Bedeutung der Gesetzesänderung vom 13.8.1980

Durch das arbeitsrechtliche EG - Anpassungsgesetz vom 13.8.1980 ³⁾ wurde § 613 a Abs. 1 durch die Sätze 2 - 4 ergänzt sowie Abs. 4 angefügt.

I. Inhalt des § 613 a i.d.F. vom 13.8.1980

Die Tatbestandsergänzungen des Abs. 1 regeln die bislang umstrittene Rechtslage ⁴⁾ der Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Die beim Veräußerer in kollektivrechtlichen Rechtsnormen geregelten Rechte und Pflichten (§ 4 Abs. 1 TGG, § 77

-
- 1) so auch Erman/Küchenhoff, § 613 a Rdnr. 23, 26; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B III 1.
 - 2) Daß der Gesetzgeber insoweit den von ihm beabsichtigten Zweck verfehlte, zeigt bereits Steckhan, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, S. 470, auf, der die früher aufgetretenen Schwierigkeiten nunmehr auf der Ebene der Auslegung des § 613 a wiederkehren sah.
 - 3) siehe oben S. 1 f.
 - 4) Birk, AuR 1975, 312 ff; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 3 Anm. 80 m.w.N.

Abs. 3 BetrVG) werden mit einseitiger zwingender Wirkung zu individualrechtlichen Regelungen in das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber transformiert ¹⁾. Eine Ausnahme gilt insoweit, als beim Erwerber diese Rechte und Pflichten durch eine kollektive Ordnung geregelt sind.

Kündigungen "wegen des Überganges eines Betriebes oder Betriebsteiles" sind unzulässig (§ 613 a Abs. 4).

II. Zweck der Gesetzesänderung

Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf ²⁾ wollte der Gesetzgeber in erster Linie einen Bestandschutz für die durch einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung geregelten Rechte und Pflichten beim Betriebsübergang erreichen.

Darüber hinaus sollte § 613 a Abs. 1 S. 2 ein einseitig zwingendes Verschlechterungsverbot zugunsten der Arbeitnehmer ³⁾ begründen, da die als arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten fortgeltenden Regelungen vor Ablauf eines Jahres nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen.

Zudem bezweckte der Gesetzgeber, in dem Betrieb des Erwerbers im Interesse einer Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer eine Tarifeinheit dadurch zu erreichen, daß es für die Begründung der Rechtsfolgen des § 613 a Abs. 1 S. 2 nicht darauf ankam, ob die bisherigen Regelungen für die Arbeitnehmer günstiger waren oder nicht. § 613 a Abs. 1 S. 3 sieht somit einen Ausschluß

1) im einzelnen Röder, DB 1981, 1980.

2) BT - Drucksache VIII/3317 = BR - Drucksache 353/79, abgedruckt in RdA 1979, 37.

3) so auch Röder, DB 1981, 1980, 1981; Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 4

des Günstigkeitsprinzips beim Betriebsübergang vor, da nach dem Gesetzeszweck das Kollektivrecht beim Betriebsnachfolger Vorrang vor bestehenden individualrechtlichen Regelungen haben soll ¹⁾. Im Einzelfall wirkt sich § 613 a Abs. 1 S. 3 für die Arbeitnehmer somit nachteilig aus, wenn bei dem Erwerber eine geringwertigere kollektivrechtliche Regelung besteht als bei dem Gemeinschuldner.

§ 613 a Abs. 4 kommt Klarstellungsfunktion insoweit zu, als eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs unzulässig ist ²⁾. Unberührt hiervon sollte jedoch eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen (§ 1 KSchG) anlässlich des Betriebsübergangs möglich sein ³⁾. Auch Zeuner interpretierte bei den Beratungen zum 54. DJT § 613 a Abs. 4 dahingehend, daß eine betriebsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht an Abs. 4 scheitern dürfe, wolle man eine Sanierungsfeindlichkeit des § 613 a Abs. 4 vermeiden ⁴⁾.

-
- 1) so auch Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 4; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 44.
Zum Günstigkeitsprinzip vgl. Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rdnr. 211 ff.
 - 2) Bereits vor Änderung des § 613 a war dies ganz h.M.: BAG AP Nr. 1 zu § 613 a; Erman/Küchenhoff, § 613 a Rdnr. 37; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 45; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 a, Fn. 7; Neumann - Duesberg, NJW 1972, 665, 667; Soergel/Wlotzke/Volze, § 613 Rdnr. 13
 - 3) vgl. Begründung des Gesetzgebers in RdA 1979, 37, 40.
 - 4) vgl. NJW 1982, 2544. Ebenso Hanau, Gutachten E zum 54. DJT, S. 115

3. K A P I T E L

Anwendung des § 613 a im Konkurs

Die Anwendbarkeit des § 613 a bei Veräußerung eines Betriebes oder Betriebsteilen durch den Konkursverwalter im Rahmen der Masseverwertung ist in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft heftig umstritten ¹⁾.

- 1) Gegen eine Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs sprechen sich aus: Baur, § 4 III 5 d; Beitzke, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge -; Beuthien, RdA 1976, 156; Böhle - Stamschräder, KO, § 1 Anm. 3; Bötticher, BB 1975, 977; Erman/Küchenhoff, § 613 a Rdnr. 23; Fenn, Anm. zu BAG Urteil v. 29.4.1966, SAE 1967, 9; Germann, S. 134; Grub, KTS 1978, 129, 131; Hamelbeck, NJW 1975, 1497; Heilmann, KTS 1975, 280; Kretschmer, KTS 1977, 137, 144; Martens, DB 1977, 495; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rdnr. 80 a; Mohrbutter/Haarmann, S. 210 f.; Mohrbutter, Handbuch, § 83 VI 2 Fn. 41; Otto, SAE 1976, 21; Riedel, NJW 1975, 765; Uhlenbruck, KTS 1974, 1; ders. KTS 1975, 253, 254; ders. NJW 1975, 897, 903, Fn. 75; ders. Insolvenzrecht, S. 98; ders. Abschreibungsgesellschaften, S. 90; Zeuner, JZ 1976, 1.
LAG Baden-Württemberg, DB 1977, 826; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 15.5.1975 - 5 TaHV 33/74 - (unveröffentlicht, zitiert bei Hess, DB 1976, 1154;) ArbG Köln, DB 1977, 2146; LAG Hamm, DB 1982, 1986.

Eine uneingeschränkte Anwendung befürworten: Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305, 306; Borngräber, S. 52 ff.; Dauenheimer, Anm. zu ArbG Lübeck, BB 1979, 989; Derleder, AuR 1976, 129 ff; Dorndorf, S. 27; Everhardt, BB 1976, 1611; Falkenberg, DB 1980, 783; Fischer, S. 58 ff; Fitting/Auffahrt/Kaiser, BetrVG, § 1 Rdnr. 18; Grunsky, RdA 1978, 174, 176; Heinze, AuR 1976, 33, 40; Hess, DB 1976, 1154; Heubeck/Paulsdorff, BetrVG, § 7 Rdnr. 38; von Hoyningen - Huene/Windbichler, RdA 1977, 329, 330; Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 30; Paulsdorff, KTS 1975, 212, 220; Posth, S. 84; Richardi, RdA 1976, 56; ders. Sozialplan und Konkurs, S. 37; Sacker/Joost, DB 1978, 1078, 1082; Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu

Fortsetzung von Fn. 1) auf S. 32

Das BAG hat nach einigem Zögern ¹⁾ diese Streitfrage nunmehr ²⁾ dahin entschieden, daß § 613 a auch im Konkurs als Bestandsschutznorm Anwendung findet, die Haftung des Betriebserwerbers jedoch auf die nach Betriebsübernahme entstehenden Arbeitnehmeransprüche beschränkt wird.

Zunächst soll ein Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum gegeben werden. Die folgende Aufgabe wird sein, § 613 a unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessenlage bei Betriebsveräußerungen durch den Konkursverwalter dogmatisch einzuordnen.

Fortsetzung von Fn. 1) von S. 31:

§ 613 a; Schmitt, BB 1978, 1724 ff; Schwerdtner, SAE 1978, 57, 61; Soergel/Kraft, § 613 a Rdnr. 18; von Stebut, DB 1975, 2438.
LAG Schleswig-Holstein, BB 1976, 1369; LAG Düsseldorf, DB 1978, 702; DB 1976, 2067; LAG Hamm, DB 1979, 989; DB 1979, 1365; ArbG Rendsburg, KTS 1975, 251; ArbG Lörrach, BB 1977, 501; ArbG Lübeck, BB 1979, 989.

- 1) Offengelassen von BAG AP Nr. 5 zu § 613 a sowie BAG AP Nr. 14 zu § 613 a.
- 2) BAG, Urteil vom 17.1.1980 - 3 AZR 160/79, AP Nr. 18 zu § 613 a, der Ansicht von Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 422; Willemsen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a; Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 398 ff, sowie Henckel, ZIP 1980, 2, 4 folgend.

Dieser Ansicht hat sich auch das neuere Schrifttum weitgehend angeschlossen: Bieler, DB 1981, 435; Bracker, S. 36; Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rdnr. 16; Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 305; Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 1 c; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 29; ders. in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S. 74; Schreiber, RdA 1982, 137, 143/144;

A.A. Fischer, S. 58 ff; Heinze, AuR 1980, 205, 213; Wendling, S. 173, die auf einer uneingeschränkten Anwendung des § 613 a im Konkurs beharren.

A) Übersicht über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Unanwendbarkeit des § 613 a im Konkurs

Fast einhellig spricht sich das konkursrechtliche Schrifttum gegen eine Anwendbarkeit des § 613 a auf Betriebsveräußerungen durch den Konkursverwalter aus.

Uhlenbruck als engagiertester Verfechter dieser Meinung erklärt § 613 a bei einer Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter bereits deshalb für unanwendbar, da der Betriebsübergang in diesem Fall nicht "durch Rechtsgeschäft" i.S.d. § 613 a veranlaßt sei, sondern er sich vielmehr als ein Akt der Zwangsvollstreckung und damit als Verwertungsakt i.S.d. § 117 Abs. 1 KO darstelle¹⁾. Dies ergebe sich daraus, daß § 117 Abs. 1 KO zwingend die Verwertung des Schuldnervermögens vorschreibe und dem Konkursverwalter gleichzeitig einen gesetzlichen Liquidationsauftrag erteile²⁾.

Im Gegensatz zu Uhlenbruck erkennt Martens zwar die freihändige Veräußerung eines Konkursverwalters nach § 117 Abs. 1 KO als Rechtsgeschäft an, doch sei dies keine der rechtsgeschäftlichen Veräußerung i.S.d. § 613 a gleichzusetzende Betriebsveräußerung, da der Konkursverwalter zur Verwertung der Masse verpflichtet sei³⁾.

Als weiteres Argument führt Uhlenbruck an, daß grundsätzlich den insolvenzrechtlichen Haftungsregeln

1) KTS 1974, 1 ff; KTS 1975, 253 ff; Insolvenzrecht, S. 98; Abschreibungsgesellschaften, S. 90 f.

2) Uhlenbruck, KTS 1974, 1; ders. KTS 1975, 253, 254.

3) DB 1977, 495, 496. Ebenso Böhle-Stamschräder, KO, § 1 Anm. 3; Mentzel/Kuhn, KO, § 1 Anm. 60.

der Vorrang vor arbeitsrechtlichen Regeln gegeben werden müsse ¹⁾. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger (par conditio creditorum) erfordere die Verteilung aller bei Konkurseröffnung vorhandenen vermögenswerten Rechte nach den insoweit zwingenden Vorschriften der Konkursordnung. Die Anwendung des § 613 a im Konkurs sei demgemäß systemwidrig und führe zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Arbeitnehmer, da diese für ihre rückständigen Ansprüche und Anwartschaften aufgrund des gesamtschuldnerischen Haftungseintritts des Erwerbers einen weiteren zahlungskräftigen Schuldner erhielten und somit trotz ihrer durch die Konkurseröffnung auf eine konkursmäßige Befriedigung beschränkten Ansprüche nunmehr voll befriedigt würden ²⁾. Potentielle Erwerber seien unter diesen Umständen jedoch nur mehr unter Abzug sämtlicher rückständiger Arbeitnehmerforderungen zur Übernahme bereit, so daß sich die Quote für die übrigen Gläubiger erheblich mindere. Demzufolge müßte wirtschaftlich der Vorteil der übernommenen Belegschaft von den übrigen Gläubigern finanziert werden. Dies widerspreche jedoch dem das konkursrechtliche Verteilungsverfahren beherrschenden Grundsatz der par conditio creditorum.

Riedel bekräftigt das Ergebnis Uhlenbrucks mit dem Hinweis, mit Konkurseröffnung stehe die Rangfolge der Konkurs- und Massegläubiger zwingend fest ³⁾. Die in §§ 59 - 61 KO geregelte konkursrechtliche Rangordnung

1) KTS 1974, 1, 4. Ihm folgend LAG Hamm, DB 1982, 1986.

2) Im Ergebnis ebenso Martens, DB 1977, 495, 496.

3) NJW 1975, 765 ff: Riedel erkennt die verschiedenen Normzwecke des § 613 a. Zwar sieht er den betriebsverfassungsrechtlichen Aspekt wie auch die Haftungsregelung, mißachtet aber völlig, daß § 613 a insbesondere den sozialen Besitzstand der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang schützen will. Nachdem er den betriebsverfassungsrechtlichen Aspekt des § 613 a im Konkurs für anwendbar erklärt, zielt seine Argumentation lediglich darauf ab, die wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Haftungsverteilung des § 613 a im Konkurs zu verdeutlichen. Insoweit läßt er unzutreffend den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse unberücksichtigt.

der Arbeitnehmeransprüche bleibe von Verwertungshandlungen des Konkursverwalters unberührt, da insoweit von einem Vorrang der insolvenzrechtlichen Regelung gegenüber § 613 a auszugehen sei ¹⁾.

Zudem hält Uhlenbruck eine analoge Anwendung der von Rechtsprechung und Schrifttum zu § 25 Abs. 1 HGB sowie § 419 BGB entwickelten Grundsätze für geboten ²⁾.

§ 613 a sei bei konkursmäßiger Betriebsübertragung unanwendbar, weil der Konkursverwalter lediglich die Aktiva übertrage, wohingegen die Passiva ihre insolvenzrechtliche und damit weit quotale Bereinigung im Rahmen gerichtlicher Verfahrensabwicklung fänden.

Auch wirtschaftliche Überlegungen unter Berücksichtigung des Normzwecks führen nach Ansicht Uhlenbrucks zur Unanwendbarkeit des § 613 a im Konkurs ³⁾. Angesichts einer zwangsweisen Überleitung von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes sei kaum ein Erwerber bereit, einen in Konkurs geratenen, i.d.R. personell überbesetzten oder in anderer Weise schlecht organisierten Betrieb zu übernehmen. Gerade hierdurch werde jedoch die § 613 a innewohnende soziale Zweckbestimmung in ihr Gegenteil verkehrt, da der Konkursverwalter gezwungen wäre, einen als Ganzes verwertbaren Betrieb unter Ausschluß der Erwerberhaftung zu "Zerschlagungsteilwerten" zu veräußern und auf diese Weise Arbeitsplätze vernichtet würden ⁴⁾.

1) Zustimmend insoweit Bracker, S. 36, der es als ungerichtlich ansieht, die Arbeitnehmer aus dem umfassenden Schuldenbereinigungsverfahren wieder herauszunehmen.

2) KTS 1974, 1, 3/4; ders. bei: Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rdnr. 80 a; Ebenso Martens, DB 1977, 495; Böhle-Stamschräder, KO, § 1 Anm. 3; Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rdnr. 16.

3) KTS 1974, 1, 2. Vgl. auch Riedel, NJW 1975, 765, 766; Grub, KTS 1978, 129, 131; Kretschmer, KTS 1977, 137, 144; Martens, DB 1977, 495, 497; LAG Baden-Württemberg, DB 1977, 826.

4) Uhlenbruck, KTS 1974, 1, 2. Mit ähnlicher Begründung Mohrbutter/Haarmann, § 1 V 1.

Zudem werden Zweifel geäußert ¹⁾, daß § 613 a - wie das BAG annimmt ²⁾ - auch eine Sicherung der Arbeitsplätze bezwecke ³⁾. Gerade die Begründung des Regierungsentwurfs ⁴⁾ zeige, daß im Vordergrund der Bemühungen des Gesetzgebers rein betriebsverfassungsrechtliche Erwägungen und nicht der Schutz von Arbeitsplätzen standen. Dem Schutzinteresse der Arbeitnehmer im Konkurs sei aufgrund umfassender konkursrechtlicher Spezialregelungen (§§ 59 - 61 KO) hinreichend genüge getan.

Schließlich wird darauf hingewiesen, daß durch das Gesetz über Konkursausfallgeld ⁵⁾ das Konkursrisiko der Arbeitnehmer in bestimmtem Umfang auf die Allgemeinheit abgewälzt werden sollte und deshalb eine weitere Privilegierung der Arbeitnehmer auf Kosten des neuen Inhabers im Rahmen des § 613 a nicht vertretbar sei ⁶⁾.

Resümierend kommen die Vertreter dieser Meinung zu dem Schluß, § 613 a "passe nicht" auf den Fall einer konkursmäßigen Geschäftsübertragung ⁷⁾.

II. Bejahung einer uneingeschränkten Anwendung

Das arbeitsrechtliche Schrifttum hat mit unterschiedlicher Begründung die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs bejaht.

Von Stebut legt seiner grundlegenden Untersuchung die Prämisse zugrunde, der Konkursverwalter übe bei

1) Martens, DB 1977, 495 ff. Nunmehr auch LAG Hamm, DB 1982, 1986.

2) BAG, DB 1975, 601 ff.

3) Vgl. hierzu oben S. 25 ff.

4) BT - Drucksache VI/1786, S. 59.

5) BGBl. 1974, I, S. 1481.

6) Riedel, NJW 1975, 765, 767; vgl. Martens, DB 1977, 495, 497.

7) so Uhlenbruck, KTS 1974, I, 6.

seiner Tätigkeit keine hoheitliche Gewalt aus, sondern schließe aufgrund der auf ihn übergegangenen Verfügungsbefugnis über die Massegegenstände Rechtsgeschäfte des Privatrechts ab ¹⁾. Auch im Rahmen des konkursrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens könnten ohne weiteres Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden ²⁾. Zudem müsse die ausschlaggebende Bedeutung des Tatbestandsmerkmals "Rechtsgeschäft" in einer Abgrenzung zu den gesetzlich geregelten Fällen der Gesamtrechtsnachfolge gesehen werden ³⁾. Bei Veräußerung durch den Konkursverwalter vollziehe sich der Betriebsübergang nicht durch Universal-, sondern durch Singularsukzession, so daß § 613 a ohne weiteres im Konkurs anwendbar sei.

Eine analoge Anwendung der zu § 419 BGB und § 25 HGB entwickelten Grundsätze ⁴⁾ verbiete sich im Rahmen des § 613 a, da von einer Parallelität der Regelungen aufgrund ihrer unterschiedlichen Rechtsfolgen nicht gesprochen werden könne ⁵⁾ und § 613 a aus diesem Grund nicht analogiefähig sei. Im Gegensatz zu § 613 a normierten § 419 BGB und § 25 HGB keine gesetzliche Rechtsnachfolge und damit auch keine gesetzliche Haftungsübernahme ⁶⁾. Zudem sei § 613 a nicht - wie § 419 BGB und § 25 HGB - ausschließlich

1) DB 1975, 2438, 2439.

2) LAG Schleswig-Holstein, DB 1976, 1369; Borngräber, S. 52; Hess, DB 1976, 1154.
Vgl. auch Derleder, AuR 1976, 129, 133 und Fischer, S. 57, die insbesondere auf die Möglichkeit der freihändigen Verwertung durch den Konkursverwalter verweisen.
Im Ergebnis ebenso Paulsdorff, KTS 1977, 212, 220 unter Hinweis auf § 126 KO, sowie Richardi, RdA 1976, 56, 57, der auf §§ 126, 127, 133 - 136 KO Bezug nimmt.

3) Fischer, S. 58/59; Wendling, S. 152

4) Nach h.M. finden beide Vorschriften im Konkurs keine Anwendung, vgl. oben S. 35 Fn. 2 m.w.N.

5) Heinze, DB 1980, 205, 211; Derleder, AuR 1976, 129, 131; Wendling, S. 159 f.

6) Heinze, DB 1980, 205, 211.

Haftungsnorm, vielmehr stehe im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung der Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen. Dieser Normzweck werde durch das Konkursverfahren nicht berührt, da die Konkursöffnung weder Stilllegung, noch automatisches Tätigkeitsende betroffener Betriebe bedeute ¹⁾.

Von Stebut bestreitet den von Uhlenbruck unter Berücksichtigung der §§ 419 BGB, 25 HGB aufgestellten Grundsatz, im Konkurs würden nur Aktiva übertragen ²⁾.

Im übrigen habe das Argument, die übrigen Gläubiger würden gegenüber den Arbeitnehmern benachteiligt, wenn man den gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse bei einer Betriebsveräußerung im Konkurs anerkenne, kein Gewicht. Im Konkurs sei der Grundsatz der par conditio creditorum - insbesondere durch das Gesetz über Konkursausfallgeld ³⁾ - mehrfach durchbrochen, so daß fast von seiner Aufgabe gesprochen werden könne ⁴⁾. Gerade die Unanwendbarkeit des § 613 a führe dazu, daß die verteilbare Masse eine erhebliche Belastung durch Masseschulden nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO (Lohnfortzahlungskosten bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Konkursverwalter) bzw. durch Sozialplanansprüche ⁵⁾ und Schadenersatzansprü-

1) so Bracker, S. 35. Vgl. auch Heinze, AuR 1976, 33, 40; Hess, DB 1976, 1154, 1155; Paulsdorff, KTS 1977, 212, 218 f.

2) Von Stebut, DB 1975, 2438, 2439 unter Hinweis auf Uhlenbruck, KTS 1974, 1, 3.

3) BGBl. I, S. 1481

4) Von Stebut, DB 1975, 2438, 2439; Bracker, S. 35.

5) Nach führender Rechtsprechung des BAG - AP Nr. 1 zu § 113 BetrVG 1972 - ebenfalls Masseschulden, nach einer Entscheidung des Großen Senats des BAG, AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972, nunmehr bevorrechtigte Konkursforderung im Rang vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO. A.A. Schmid/Schmid, BB 1982, 191 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

che ¹⁾ nach § 22 Abs. 2 KO bei Kündigung der Arbeitsverhältnisse erfahre ²⁾. Aus diesem Grund wird bezweifelt, daß § 613 a zur Benachteiligung anderer Gläubiger führt ³⁾, da bei Anwendung des § 613 a diese Belastung der Konkursmasse nicht eintrete.

Nach von Stebut habe der Gesetzgeber bewußt eine einseitige Schlechterstellung der übrigen Konkursgläubiger in Kauf genommen ⁴⁾. Es sei für den Konkursverwalter ein reines Rechenexempel, ob er den "Zerschlagungswert" unter Inkaufnahme der aus §§ 111 ff BetrVG folgenden Masseschulden ⁵⁾ realisiere oder bei Betriebsveräußerung einen möglicherweise erheblich unter dem Zerschlagungswert liegenden Veräußerungserlös erzielen wolle. Gleichwohl erkennt von Stebut, daß nach einem Betriebsinhaberwechsel aufgrund notwendiger Sanierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen auf den Erwerber ebenfalls Ansprüche nach §§ 111 ff BetrVG zukommen können. Ein Appell an die Einsicht der betroffenen Arbeitnehmer und Betriebsräte, auf einen Teil ihrer Rechte zu verzichten, reiche aus, um Interessenten angesichts der Haftungsregelung des § 613 a nicht abzuschrecken.

Schließlich gebe auch der Wortlaut des § 613 a keinen Anhaltspunkt dafür, daß der von § 613 a verwirklichte Schutz der Arbeitsplätze gerade in der wirt-

1) Diese sind allerdings nach § 26 KO lediglich einfache Konkursforderungen

2) Wendling, S. 161 und Richardi, RdA 1976, 57/58. Borngräber, S. 53 f. bezweifelt, ob die Nichtanwendung des § 613 a die Konkursmasse entlassen könne. Vgl. auch Fischer, S. 70 ff.

3) Borngräber, S. 53; Bracker, S. 35

4) Von Stebut, a.a.O., S. 2443. Heinze, DB 1980, 205, 212/213 argumentiert, die Anwendung des § 613 a verschaffe den übrigen Konkursgläubigern sogar meist größere Vorteile, da die Konkursmasse nicht mit Sozialplanansprüchen im Rang vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO belastet würde.

5) Vgl. Fn. 5 auf S. 38

schaftlich schwierigen Situation des Konkurses versagen soll ¹⁾.

Der PSV steht auf dem Standpunkt, die Anwendung des § 613 a könne i.d.R. nicht zu Nachteilen für die Konkursgläubiger führen, da die Übernahme der Belegschaft für einen Betriebserwerber einen so großen Wert darstelle, daß die Zerschlagung eines Betriebes den erzielbaren Erlös stärker mindern würde als die Kosten rückständiger Ansprüche und Anwartschaften ²⁾.

III. Modifizierte Anwendung des § 613 a im Konkurs

Im Anschluß an Wiedemann/Willemsen ³⁾ und Henckel ⁴⁾ hat sich das BAG in seinem Urteil vom 17.1.1980 für eine modifizierte Anwendung des § 163 a im Konkurs entschieden ⁵⁾.

Von den verschiedenen Schutzzwecken des § 613 a sei lediglich die haftungsrechtliche Seite mit konkursrechtlichen Verteilungsgrundsätzen unvereinbar.

Der Schutz der Arbeitsplätze sei gerade im Konkurs besonders wichtig, da die meisten Betriebe aufgrund verfehlter Personalpolitik oder ungenügender Rationalisierung gesundschrumpfen müßten. Wäre jedoch der Be-

1) Von Stebut, a.a.O., S. 2438

2) Hinweis in BAG AP Nr. 18 zu § 613 a. Der Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit ist eine von den Verbänden der Wirtschaft gegründete, privatrechtlich organisierte Selbsthilfeeinrichtung als Träger der Insolvenzversicherung gemäß § 14 Abs. 1 BetrVG.

Vgl. auch Paulsdorff, Vorstandsmitglied des PSV, KRS 1977, 212, 219.

3) RdA 1979, 418, 419 ff. Vgl. auch Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 395 ff; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a.

4) ZIP 1980, 2 ff.

5) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a, bestätigt durch BAG AP Nr. 22 zu § 613 a.

triebserwerber in seiner Entscheidung frei, welche Arbeitnehmer er weiterbeschäftigen wolle, so müßte er den Grundsatz der sozialen Auswahl, der bei jeder anderen Kündigung gilt (§ 1 Abs. 3 KSchG), nicht beachten. Da zudem bei einer Betriebsveränderung im Konkurs die Aufstellung eines Sozialplans vermieden würde ¹⁾, wäre sie derart privilegiert, daß sie zur Umgehung des Arbeitsplatzschutzes anreizen würde. Seinem Normzweck entsprechend habe § 613 a damit auch im Konkurs den Fortbestand von Arbeitsverhältnissen zu gewährleisten ²⁾.

§ 613 a sei zudem im Konkurs auch insoweit ohne weiteres anwendbar, als diese Norm die Kontinuität des amtierenden Betriebsrats gewährleistete ³⁾.

Hinsichtlich der haftungsrechtlichen Zwecksetzung hat das BAG eine teleologische Reduktion vorgenommen, weil eine uneingeschränkte Anwendung des § 613 a mit dem Grundsatz der par conditio creditorum nicht vereinbar sei ⁴⁾. Würden die übernommenen Arbeitnehmer für bereits entstandene Ansprüche einen zusätzlichen Haftungsschuldner erhalten, wären sie gegenüber ausgeschiedenen Arbeitnehmern unangemessen bevorzugt. Zudem hätten die übrigen Gläubiger diesen Vorteil insoweit zu finanzieren, als der Erwerber den Kaufpreis mit Rücksicht auf die übernommene Haftung mindern könnte.

-
- 1) Nach h.M. stellte eine Betriebsveräußerung keine Betriebsänderung i.S.d. §§ 111 ff BetrVG dar, LAG Düsseldorf, DB 1973, 2453; Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 613 a; Richardi, Sozialplan und Konkurs, S 37. Vgl. unten S. 155 f.
 - 2) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a; ebenso Schaub, Münch.Komm. § 613 a Rdnr. 29; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 420; Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 396.
 - 3) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 29.
 - 4) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a. Im Ergebnis ebenso Henckel, ZIP 1980, 2, 5 ff; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 29; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 422.

Der Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung gebiete daher, § 613 a insoweit nicht anzuwenden, wie die Vorschrift die Haftung des Betriebserwerbers für zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits entstandene Ansprüche vorsieht. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer sei im übrigen durch eine Reihe von Spezialregelungen, u.a. das Gesetz über Konkursausfallgeld, bereits berücksichtigt¹⁾.

1) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a

B) Stellungnahme

I. Die Übernahme des Betriebes durch den Konkursverwalter

Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, § 613 a sei nach seinem Sinn und Zweck bereits dann anzuwenden, wenn ein Konkursverwalter einen Betrieb übernimmt und ihn kraft seiner gesetzlichen Befugnis gemäß § 6 Abs. 2 KO fortführt ¹⁾.

Dieser Ansicht steht der Wortlaut des § 613 a Abs. 1 entgegen, der eine Rechtsnachfolge kraft Gesetzes ausdrücklich vom sachlichen Anwendungsbereich dieser Norm ausschließt ²⁾.

Aber auch die ratio legis verbietet eine derart extensive Interpretation. Zwar kann der Gemeinschuldner die aus seiner Rechtsstellung als Arbeitgeber resultierenden Rechte und Pflichten nicht mehr selbst ausüben, von der Eröffnung des Konkursverfahrens unberührt bleibt jedoch seine arbeitsvertraglich begründete Arbeitgeberstellung gegenüber der Belegschaft. Lediglich die Ausübung der aus dieser vertraglichen Stellung erwachsenden Rechte und Pflichten wird durch § 6 KO dem Konkursverwalter zugewiesen, der diese kraft Gesetzes übernimmt ³⁾.

1) Schreiber, RdA 1982, 142 m.w.N.

2) Eindeutig auch die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 BetrVG, BT - Drucksache VI/1786, S. 59.

3) So die Amtstheorie zur Rechtsstellung des Konkursverwalters (umstr.), ständige Rechtsprechung des BGH, BGHZ 24, 393, 396; 32, 114, 118; 35, 180; 38, 281, 284; 44, 1, 4; 49, 11, 16. Vgl. auch Dorndorf, S. 25.

Die Vertretertheorie, wonach der Konkursverwalter gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners für das zur Konkursmasse gehörende Vermögen ist, ist abzulehnen, da zu den Aufgaben des Konkursverwalters ein neutrales, allen Konkursbeteiligten gegenüber in gleicher Weise verantwortliches Handeln zählt. Die Organtheorie, die den Konkursverwalter als Vertretungsorgan der juristischen Person "Konkursmasse" ansieht, läßt unberücksichtigt, daß die

Der Gemeinschuldner bleibt somit Träger des mit dem Konkursbeschluss belegten Vermögens und damit alleiniger Inhaber des Verwaltungs- und Verfügungsrechts mit Ausnahme der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis¹⁾. Dem Konkursverwalter kommt somit keine eigenständige Arbeitgeberstellung zu²⁾. Vielmehr muß er kraft seines Amtes bei einer Betriebsfortführung die von dem Gemeinschuldner eingegangenen Arbeitsverträge erfüllen.

Eine Anwendung des § 613 a aus Gründen des Bestandschutzes von Arbeitsplätzen erübrigt sich daneben.

II. Die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter

- 1) Die Veräußerung des Konkursverwalters als "Rechtsgeschäft" i.S.d. § 613 a

Die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter im Rahmen der Masseverwertung ist ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 613 a³⁾.

Die in weiten Teilen der Literatur vertretene Ansicht, das Tatbestandsmerkmal "Rechtsgeschäft" diene lediglich als Abgrenzungskriterium, um die Fälle der

Fortsetzung von Fn. 3 von S. 43:

Rechtszuständigkeit (mit Ausnahme des § 6 KO) eindeutig beim Gemeinschuldner verbleibt.
Zum Meinungsstand vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 6 Rdnr. 17.

- 1) Heinze, AuR 1976, 33, 35. Aus Verträgen des Konkursverwalters wird somit der Gemeinschuldner als Träger der Konkursmasse verpflichtet, während dem Konkursverwalter die Erfüllung obliegt, BGHZ 49, 11, 13.
2) so auch Heinze, AuR 1976, 33, 35 (umstr.). Vgl. auch Uhlenbruck, KTS 1973, 81, 88.
3) ebenso incidenter BAG AP Nr. 18 zu § 613 a, das den von Uhlenbruck entfachten Streit über den rechtsgeschäftlichen Charakter einer Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter in seinen Entscheidungsgründen nicht erwähnte. Offensichtlich ging das BAG davon aus, dieser Meinungsstreit sei bereits hinreichend geklärt. Zweifelnd LAG Hamm, DB 1982, 1986.

Fortsetzung von Fn. 3 auf S. 45

Universalsukzession vom Anwendungsbereich des § 613 a auszunehmen¹⁾, kann nicht überzeugen. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien²⁾ ergibt, wollte der Gesetzgeber mit § 613 a Abs. 3 klarstellen³⁾, daß die Haftungsregelung des Abs. 2 bei Betriebsübergängen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht anwendbar sei. Einer derartigen Klarstellung hätte es jedoch dann nicht

Fortsetzung von Fn. 3 von S. 44:

Nach Auffassung des LAG Köln, DB 1982, 1327, erfüllt bereits die praktische Weiterbenutzung von Geräten und Räumen zum gleichen Zweck den Tatbestand des § 613 a, ohne daß es auf die Darlegung und den Nachweis eines entsprechenden Rechtsgeschäfts zwischen altem und neuem Inhaber ankommt.

- 1) Fischer, S. 44/45 und S. 58/59; Wendling S. 91, 152; von Hoyningen - Huene/Windbichler, RdA 1977, 329, 330; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B IV 2 a; Gaul, BB 1979, 1666, 1669: Die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter sei jedoch eine Einzelrechtsnachfolge und falle demzufolge unter den tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 613 a. Ebenso BAG ZIP 1981, 522, 524.
- 2) Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 BetrVG 1972, BT - Drucksache VI/1786, S. 59:

"... Die Vorschrift lehnt sich an die einschlägige Rechtsprechung an, erstreckt deren Grundsätze jedoch gleichmäßig auf alle Arbeitnehmer und regelt in Absatz 2 Satz 1 gleichzeitig die zur Sicherung der Ansprüche der Arbeitnehmer erforderliche Mithaftung des bisherigen Arbeitgebers über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinaus. In Fällen der Universalsukzession - Umwandlung und Verschmelzung von Gesellschaften - ist eine derartige Vorschrift nicht erforderlich. Damit in diesen Fällen, in denen der bisherige Betriebsinhaber durch die Verschmelzung oder Umwandlung erlischt, die Vorschrift des Absatzes 2 Satz 1 über die Haftung des bisherigen Betriebsinhabers nicht zu Mißverständnissen führt, werden die Fälle der Verschmelzung und der Umwandlung in Absatz 3 ausdrücklich von dieser Regelung ausgeschlossen ..."

- 3) § 613 a kommt - lediglich - klarstellende Funktion insoweit zu, als der frühere Betriebsinhaber - wie Gaul, BB 1979, 1666, 1669, zutreffend ausführt - mangels physischer oder rechtlicher Existenz ohnehin nicht mehr in Anspruch genommen werden könnte.

wenn bereits der Tatbestand des § 613 a - nach dem Willen des Gesetzgebers - Betriebsübergänge im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ausschließen würde. Der ausdrückliche Ausschluß der Haftungsregelung des § 613 a Abs. 2 durch Abs. 3 für Betriebsübergänge im Wege der Universalsukzession, wie auch die Begründung des Regierungsentwurfs zeigen, daß "Rechtsgeschäft" i.S.d. § 613 a kein Abgrenzungskriterium zur Gesamtrechtsnachfolge ist, sondern der Tatbestand des Abs. 1 Fälle eines Betriebsübergangs durch Universalsukzession nicht ausschließt.

Rechtsgeschäfte i.S.d. § 613 a können auch im konkursrechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren getätigt werden ¹⁾. Die dem Konkursverwalter mit Rücksicht auf die besondere Situation im Konkurs eingeräumten speziellen Befugnisse (§§ 17 ff KO) machen eine Betriebsveräußerung nicht bereits deswegen zu einem Akt der Zwangsvollstreckung, weil die Eröffnung des Konkursverfahrens selbst eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung ist. Die Wahl der Verwertungsform - Zwangsvollstreckung oder freihändiger Verkauf - bei zur Konkursmasse gehörenden beweglichen Gegenständen ist nach § 126 KO grundsätzlich in das Ermessen des Konkursverwalters gestellt ²⁾. Auch hinsichtlich beweglicher Gegenstände wird dem Konkursverwalter durch § 127 KO ein Wahlrecht zwischen Zwangsvollstreckung und freihändigem Pfandverkauf (§§ 1233 Abs. 1, 1235 - 1240 BGB) eingeräumt, wenn ein Gläubiger an dem Gegenstand ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht.

1) Das Konkursverfahren wird auch als "Gesamtvollstreckung" bezeichnet, die eine besondere Form der zivilrechtlichen Vollstreckungsverfahren darstelle, Jaeger/Weber, KO, Vorbem. 3 vor § 71.

2) Jaeger/Weber, KO, § 126 Rdnr. 1; Richardi, RdA 1976, 56, 57; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 420.

Die nach § 117 Abs. 1 KO dem Konkursverwalter obliegende Verwertung der Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners muß somit keineswegs zwingend durch einen hoheitlichen Akt erfolgen. Bei Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter liegen vielmehr dem Erwerbstatbestand (Kaufvertrag i.S.d. §§ 433 ff BGB) als solchem übereinstimmende Willenserklärungen von Konkursverwalter und Erwerber zugrunde, die auf Herbeiführung eines von beiden Vertragsparteien beabsichtigten Betriebsinhaberwechsels abzielen ¹⁾. Der Konkursverwalter übt hierbei keine hoheitliche Gewalt aus. Aus diesem Grund erfolgt die freihändige Verwertung der Konkursmasse im Rahmen des allgemeinen Rechtsverkehrs durch den Abschluß privatrechtlicher Rechtsgeschäfte, die sich nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB über Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff BGB) richten.

Der Wortlaut des § 613 a läßt somit eine Absicht des Gesetzgebers, nach dem Anlaß der Betriebsveräußerung differenzieren zu wollen, nicht erkennen.

Aufgrund der wirtschaftlichen Tragweite des Problems darf jedoch eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Rechtsgeschäft" nicht am Wortlaut allein haften. § 613 a soll - seinem Normzweck entsprechend - insbesondere den sozialen Besitzstand der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen sichern ²⁾. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation bei Verwertungsverhandlungen des Konkursverwalters sind bei Betriebsveräußerungen im Konkurs Arbeitsplätze besonders stark gefährdet, da zwar die Eröffnung des Konkursverfahrens selbst keinen Einfluß auf den Bestand von Arbeitsverhältnissen nimmt, i.d.R. jedoch im Konkurs eine Tendenz zum Personalab-

1) Vgl. Palandt/Heinrichs, Überbl. vor § 104, Anm. 1b.

2) Vgl. hierzu oben S. 25 ff.

bau besteht ¹⁾. Es ist nicht ersichtlich, warum der zentrale Schutzgedanke des § 613 a gerade dann versagen soll, wenn er am dringendsten benötigt wird. Demgegenüber kann der Einwand des LAG Hamm, daß sich § 613 a entsprechend dem in den Motiven erkennbaren Willen des Gesetzgebers an die einschlägige Judikatur zu §§ 25 HGB, 419 BGB anlehne, nicht überzeugen, da der Gesetzgeber die insolvenzrechtliche Problematik nicht bedacht hat ²⁾. Auch unter Berücksichtigung des Normzwecks ergeben sich demzufolge keine Anhaltspunkte für eine restriktive Interpretation des § 613 a im Konkurs.

2) Anwendbarkeit des § 613 a auf Betriebsveräußerungen im Konkurs unter besonderer Berücksichtigung des Normzwecks

Eine systemgerechte Einordnung des § 613 a auf Betriebsveräußerungen im Konkurs kann - wie Wiedemann/Willemsen ³⁾ und ihnen folgend das BAG ⁴⁾ zutreffend herausarbeiteten - nur unter Berücksichtigung des Normzwecks erfolgen. Bestimmende Motive für die Einfügung des § 613 a waren sowohl eine allgemeine Erweiterung des Bestandsschutzes der Arbeitsverhältnisse wie auch eine Verteilung der Haftung zwischen altem und neuem Arbeitgeber hinsichtlich vor dem Betriebsübergang entstandener Arbeitnehmeransprüche ⁵⁾.

1) Hess, DB 1976, 1154, 1155.

2) LAG Hamm, DB 1982, 1986. Dieser Passus in der Begründung des Regierungsentwurfs bezieht sich vielmehr auf die Rechtsprechung zur Streitfrage eines automatischen Übergangs von Arbeitsverhältnissen, vgl. oben S. 14 ff.

3) RdA 1979, 418, 420 ff. Vgl. auch Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsveränderungen im Konkurs, S. 395 ff; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a.

4) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a.

5) Vgl. im einzelnen zum Normzweck des § 613 a oben S. 24 ff.

a) Anwendung des § 613 a als Bestandsschutznorm

Nach dem Normzweck des § 613 a sollte der allgemeine Arbeitsplatzschutz durch den automatischen Eintritt des Erwerbers in die bestehenden Arbeitsverhältnisse, durch den Erhalt der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte sowie - nach Novellierung des § 613 a durch das arbeitsrechtliche EG - Anpassungsgesetz - durch den ausdrücklichen Ausschluß des Betriebsübergangs als Grund für eine ordentliche Kündigung seitens des jeweiligen Arbeitgebers (§ 613 a Abs. 4) verbessert werden.

aa) Sicherung der Arbeitsplätze

Die Nichtanwendung des § 613 a im Konkurs würde im Hinblick auf den vom Gesetzgeber gewollten Arbeitsplatzschutz einen Systembruch darstellen ¹⁾, da in diesem Fall die Arbeitnehmer keinerlei Anspruch gegen den Erwerber auf die Übernahme ihrer Arbeitsverhältnisse hätten und zudem der betriebsverfassungsrechtliche Schutz nach §§ 111 ff BetrVG nicht eingreifen würde. § 613 a und §§ 111 ff BetrVG stehen untereinander - nach dem Willen des Gesetzgebers - im Verhältnis einer lückenlosen Alternativität. Ein hinreichender Arbeitnehmerschutz setzt somit voraus, daß in jedem Fall einer Betriebsveränderung eine der beiden Normen anwendbar ist. Eine Betriebsveräußerung erfüllt nach h.M. nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 111 BetrVG ²⁾, soweit sie nicht gleichzeitig mit

1) ebenso Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 613 a

2) Neumann - Duesberg, NJW 1973, 268, 270; BAG DB 1980, 164; BAG ZIP 1981, 420.

Vgl. auch die Darstellung bei Wendling, S. 164 ff. sowie unten S. 155 f.

einer Änderung der Betriebsorganisation (§ 111 S. 2 Nr. 4 BetrVG) verbunden ist. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der unter Hinweis auf die Einführung des § 613 a ausdrücklich den Wunsch des DGB ablehnte, den Betriebsübergang als Mitbestimmungstatbestand im Katalog des § 111 BetrVG aufzuführen ¹⁾, soll somit bei Betriebsveräußerungen ohne gleichzeitige Änderung der Betriebsorganisation ausschließlich § 613 a den Bestand der Arbeitsplätze sichern ²⁾.

Ein Wegfallen dieses Schutzes im Konkurs würde zu einer sinnwidrigen Verkehrung der Intention des Gesetzgebers führen, da gerade hier Arbeitsplätze in besonders starkem Maße gefährdet sind ³⁾. Obwohl die Gesetzesmaterialien somit unzweifelhaft die Absicht des Gesetzgebers erkennen lassen, durch § 613 a den Bestand von Arbeitsplätzen beim Betriebsübergang zu sichern, hätte eine Nichtanwendung des § 613 a auf konkursbedingte Veräußerungen die Folge, daß Betriebserwerber - wie schon vor Inkrafttreten des § 613 a ⁴⁾ - nach freiem Ermessen die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern ablehnen könnten ⁵⁾. Bei Betriebsveräußerungen im Konkurs könnte das gesetzliche Regelungssystem der §§ 613 a, 111 ff BetrVG in keiner Weise seinen Normzweck, eine Verbesserung der Arbeitnehmerposition im Vergleich zur früheren Rechtslage, erreichen. Wie das BAG treffend feststellte, würden damit Betriebsver-

1) Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 BetrVG 1972. BT - Drucksache VI/1786, S. 59.

Vgl. auch BAG, DB 1980, 164 mit zust. Anm. Gutbrod.

2) ebenso BAG AP Nr. 18 zu § 613 a; Dietz/Richardi, BetrVG, § 111 Rdnr. 94.

3) Vgl. auch Heinze, AuR 1976, 33, 40; Wendling, S. 170.

4) Hierzu oben S. 19 ff.

5) Vgl. auch Fischer, S. 69, der eindringlich die nachteiligen Folgen einer derartigen Lösung für die Arbeitnehmer aufzeigt.

äußerungen im Konkurs in einer nicht begründbaren Art und Weise privilegiert, da weder Sozialplanansprüche nach §§ 111 ff BetrVG die Konkursmasse auszehren (anders nur bei Einschränkung oder Stilllegung wesentlicher Betriebsteile), noch potentielle Erwerber mit der Übernahme personell überbesetzter Betriebe belastet würden ¹⁾.

Dieses Ergebnis steht jedoch eindeutig im Widerspruch zu der gesetzlichen Zielsetzung der Neuregelung. Aus diesem Grund ist bei Betriebsveräußerungen im Konkurs die Anwendung des § 613 a zum Schutz der Arbeitsplätze unentbehrlich, um die vom Gesetzgeber gewollte Lückenlosigkeit im Schutzsystem der §§ 613 a, 111 ff BetrVG zu erhalten.

bb) Sicherung betriebsverfassungsrechtlicher
Beteiligungsrechte

Hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Komponente des § 613 a ergibt sich keine Kollision mit insolvenzrechtlichen Normen. Auch nach Konkurseröffnung ist dieser Normzweck von Bedeutung, da die Eröffnung des Konkursverfahrens weder zu einer Stilllegung, noch zu einem automatischen Tätigkeitsende betroffener Betriebe führt ²⁾. Zum Schutz berechtigter Interessen der Belegschaft bei Betriebsänderungen ist es aus diesem Grund erforderlich, daß die Kontinuität des Betriebsrats und damit dessen Mitwirkung bei mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen auch bei konkursbe-

1) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a.

Diese für Konkursverwalter und Betriebserwerber verlockende Fallgestaltung würde in der Tat zur Umgehung des Arbeitsplatzschutzes geradezu anreizen.

2) ebenso Bracker, S. 35.

dingter Betriebsveräußerung gewahrt bleibt ¹⁾.

cc) § 613 a Abs. 4: Ausschluß von Kündigungen
"wegen" eines Betriebsübergangs

Ausgehend vom Schutzzweck der Norm ist auch die Anwendung des § 613 a Abs. 4 bei Betriebsveräußerungen im Konkurs - aus denselben Gründen wie oben unter bb) dargestellt - unentbehrlich ²⁾. Allerdings ist der Anwendungsbereich des § 613 a Abs. 4 im Konkurs eingeschränkt. Bei einer ordentlichen Kündigung bereits angetretener Dienstverhältnisse durch den Konkursverwalter ist § 22 KO lex specialis gegenüber § 613 a Abs. 4. Ebenfalls nicht zur Anwendung kommt Abs. 4 bei der Abwicklung noch nicht angetretener Dienstverhältnisse, da hier der Konkursverwalter die weitere Vertragserfüllung gemäß § 17 KO verweigern kann.

Auf eine ordentliche Kündigung durch den Betriebserberwerber findet § 613 a Abs. 4 jedoch Anwendung.

Im Rahmen außerordentlicher Kündigungen ergänzt Abs. 4 § 626 BGB dergestalt, daß der Betriebsübergang als solcher keinen "wichtigen Grund" i.S.d. § 626 BGB darstellt.

Dieser Kündigungsschutz bedeutet im Konkurs eine sinnvolle und unentbehrliche Ergänzung des oben erwähnten Bestandsschutzes der Arbeitsplätze, da andernfalls Konkursverwalter und Betriebserwerber durch eine extensive Handhabung der ihnen zustehenden Kündigungsmöglichkeiten nach §§ 22 KO, 626 BGB willkürlich den Schutzzweck des § 613 a umgehen könnten.

1) Vgl. die eingehende Darstellung von Riedel, NJW 1975, 765, 766, der - obwohl Verfechter der Unanwendbarkeit des § 613 a im Konkurs - diesbezüglich zu demselben Ergebnis kommt.
Vgl. auch die Prioritätensetzung hinsichtlich des Normzwecks in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 BetrVG 1972, BT - Drucksache VI/1786, S. 59.

2) Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 64.

b) Die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 im Konkurs

Das Haftungssystem des § 613 a Abs. 2, demzufolge ein Betriebserwerber gesamtschuldnerisch neben dem bisherigen Arbeitgeber für vor dem Betriebsübergang entstandene Arbeitnehmeransprüche haftet, steht im Widerspruch zu Grundregeln des Insolvenzrechts.

aa) Übertragung von Passiva durch den Konkursverwalter im Rahmen der Masseverwertung

Eine uneingeschränkte Anwendung des § 613 a Abs. 2 im Konkurs würde bedeuten, daß ein Erwerber neben dem Betrieb als solchem (Aktivum) auch einen Teil des Passivvermögens in Form rückständiger, vor dem Betriebsübergang entstandener Arbeitnehmeransprüche übernehmen müßte. § 613 a könnte somit nur dann uneingeschränkt angewendet werden, wenn das Verfügungsrecht des Konkursverwalters nach § 6 KO auch die Befugnis umfaßt, im Rahmen von Verwertungshandlungen Passiva zu übertragen. Dieser entscheidende Gesichtspunkt wurde bislang im Rechtsprechung und Schrifttum in diesem Zusammenhang nicht diskutiert.

Der Zweck des Konkursverfahrens liegt darin, durch Liquidierung des Schuldnervermögens ein Schuldenbereinigungsverfahren im Rahmen gerichtlicher Verfahrensabwicklung durchzuführen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Konkursverwalters nach § 6 Abs. 2 KO erstreckt sich auf Rechtshandlungen betreffend die Konkursmasse des Gemeinschuldners (§ 6 Abs. 1 KO). Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 KO umfaßt die Konkursmasse das "Vermögen" des Gemeinschuldners. Hierzu zählt auch ein

etwaiger Geschäftsbetrieb. Nach ganz h.M. ist unter die Begriffe "Geschäft" oder "Betrieb" als Bestandteil des Gemeinschuldnervermögens nach § 1 Abs. 1 KO - ähnlich wie in den §§ 310, 311 BGB - nur das Aktivvermögen, nicht auch passive Vermögensbestandteile zu subsumieren ¹⁾. Das Passivvermögen, d.h. die Vermögensansprüche an den Gemeinschuldner, zählt zur Schuldenmasse i.S.d. §§ 138 ff KO und findet lediglich eine quotale Bereinigung im Wege insolvenzgerichtlicher Verfahrensabwicklung.

Demzufolge fehlt es an einer Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters für Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners ²⁾.

Bei Geschäftsübertragung im Konkurs können somit nur Aktiva übertragen werden ³⁾, so daß sich bereits aus diesem Grund eine uneingeschränkte Anwendbarkeit der Haftungsregelung des § 613 a Abs. 2 verbietet.

1) Böhle - Stamschräder, KO, § 1 Anm. 3 ; Jaeger/Lent, KO, § 1 Nm. 4; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rdnr. 79, jeweils m.w.N.

2) Unberührt hiervon bleibt die Befugnis des Konkursverwalters, mit dinglichen Rechten belastete Massegegenstände, z.B. mit Grundpfandrechten belastete Grundstücke, zu verwerten, da es sich um die Verwertung eines Aktivpostens, lediglich wertmäßig gemindert um dingliche Sicherungsrechte, handelt. Vgl. auch BGHZ 66, 217, 220 zum Vermögensbegriff des § 419 BGB. Palandt/Heinrichs, § 419 BGB Anm. 2b.

3) Diese Ergebnis wird auch dadurch unterstrichen, daß nach h.M. §§ 419 BGB, 25 HGB im Konkurs nicht anwendbar sind. Vgl. die ausführliche Darstellung von Wendling, S. 154 ff m.w.N. sowie BAG AP Nr. 7 zu § 419 BGB - Betriebsnachfolge -. Danach kann in der Tat davon ausgegangen werden, daß den quotalen insolvenzrechtlichen Abwicklungsregeln der Vorrang gegenüber zivilrechtlichen Haftungsmodellen einzuräumen ist. Ähnlich Uhlenbruck, KTS 1974, 1, 4. Vgl. Henckel, ZIP 1980, 2, 5; ders. ZIP 1980, 173; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 422.

- bb) Die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 im Lichte der *par conditio omnium creditorum*

Die gesamtschuldnerische Haftung des Erwerbers für den vor dem Betriebsübergang entstandene Arbeitnehmeransprüche verstößt gegen den insolvenzrechtlichen Grundsatz "*par conditio omnium creditorum*", der ein Verfahren zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger vorsieht.

Eine uneingeschränkte Anwendung des § 613 a hätte zur Folge, daß Arbeitnehmer für ihre bei Konkursöffnung bereits entstandenen Konkursforderungen nach §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 61 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 KO im Fall einer Betriebsveräußerung volle Befriedigung durch den Erwerber zu Lasten der Konkursmasse erlangen würden, da der Betriebserwerber in der Regel die von ihm zu erfüllenden Verbindlichkeiten gegenüber den Arbeitnehmern in vollem Umfang auf den Kaufpreis anrechnen wird. Die übrigen Gläubiger müßten somit den die normale Konkursquote übersteigenden Betrag rückständiger Arbeitnehmeransprüche finanzieren ¹⁾. Um eine derartige Ungleichbehandlung einzelner Gläubigergruppen zu vermeiden, erfordert der Grundsatz der *par conditio creditorum*, § 613 a im Konkurs restriktiv zu interpretieren. Nach den vorgenannten Grundsätzen kann die Haftungsregelung des § 613 a Abs. 2 im Konkurs nur insoweit Anwendung finden, als der Betriebserwerber für nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstandene Arbeitnehmeransprüche haftet ²⁾.

Der Ansicht des BAG, wonach der Erwerber auch für die nach Konkurseröffnung entstandenen Arbeitnehmerverbindlichkeiten haftet ³⁾, kann nicht ge-

1) Ebenso BAG AP Nr. 18 zu § 613 a; Henckel, ZIP 1980, 2, 7; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 422.

2) Henckel, ZIP 1980, 173; Schreiber, RdA 1982, 137, 144.

A.A. BAG AP Nr. 18 zu § 613 a.

3) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a.

folgt werden. Da der Erwerber den auf ihn übergehen-
den, zwischen dem Zeitpunkt der Konkursöffnung
und dem Betriebsübergang entstandenen Masseforderun-
gen der Arbeitnehmer nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO
durch eine Kürzung des Kaufpreises begegnet, ist
der Meinungsstreit nur dann unbeachtlich, wenn der
Konkursverwalter mit dem Verkaufserlös alle Masse-
schulden abdecken kann. In diesem Fall entstehen
keine Nachteile für die Massegläubiger und die son-
stigen Konkursgläubiger. Reicht jedoch der Verkaufser-
lös zur Deckung der Masseschulden nicht aus, ent-
stehen für die übrigen Konkursgläubiger aufgrund
der Durchführung des Verteilungsverfahrens gemäß
§ 60 KO wiederum Nachteile gegenüber den Arbeitneh-
mern. Während diese sich wegen ihrer Masseforderun-
gen (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO) zusätzlich an den i.d.R.
zahlungskräftigen Erwerber halten können, erlangen
jene aufgrund der Kaufpreiskürzung des Erwerbers
(vgl. oben S. 55) lediglich eine *quotale* Befriedi-
gung ihrer Masseforderungen ¹⁾.

Gleichwohl führt die Rechtsprechung des BAG nur
selten zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungs-
grundsatz, da nach § 107 KO der Konkursöffnungs-
antrag abgewiesen werden muß, wenn die Vermögens-
masse des Gemeinschuldners zur Befriedigung der
Masseschulden nicht ausreicht ²⁾.

-
- 1) Ebenso Henckel, ZIP 1980, 173. Im Ergebnis hat
diesen Gedanken auch Hanau aufgegriffen und ihn
in die Diskussion um das von der Insolvenzrechts-
kommission vorgeschlagene Sanierungs- und Re-
organisationsverfahren als Teil eines neuen, ein-
heitlichen und umfassenden Insolvenzverfahrens
eingebracht, vgl. Gutachten E zum 54. DJT,
S. 70 ff und S. 117 ff.
Zustimmend auch Heinze, NJW 1982, 1665, 1672.
- 2) Str., vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 107
Rdn. 2.
A.A. Henckel, Festschrift 100 Jahre KO, S. 169,
172.

Die Restriktion des § 613 a im Konkurs überzeugt auch im Hinblick auf § 75 AO, dessen Abs. 2 eine Haftung des Betriebserwerbers im Konkurs wegen rückständiger Betriebssteuern ausdrücklich ausschließt. Die Neufassung der Abgabenordnung im Jahr 1977 zeigt, daß der Gesetzgeber die Problematik einer rückwirkenden Haftung des Erwerbers in gleicher Weise zu lösen versuchte ¹⁾.

Den spezifischen Interessen der Arbeitnehmer an der Sicherung ihrer Forderungen gegen den bisherigen Arbeitgeber ist im Konkurs durch insolvenzrechtliche Spezialregelungen, u.a. das Gesetz über Konkursausfallgeld (§§ 141 b AFG, 59 Abs. 1 Nr. 3 a, 61 Abs. 1 Nr. 1 KO) und Betriebsrentengesetz (§ 7 Abs. 2 BetrAVG), Genüge getan. Ein darüber hinausgehendes haftungsrechtliches Schutzbedürfnis der Belegschaft nach § 613 a besteht nicht, da der Gesetzgeber nicht der Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2, sondern eindeutig dem Bestandsschutz von Arbeitsplätzen Priorität einräumte ²⁾.

c) Erfahrungswerte aus der Praxis des Konkursgerichts München

Erfahrungswerte aus der Praxis des Konkursgerichts München ³⁾ sollen zeigen, ob das oben unter

1) Vgl. auch Grub, KTS 1978, 129, 130.

2) Bei Abfassung des § 613 a erkannte der Gesetzgeber die besonderen haftungsrechtlichen Probleme einer Betriebsveräußerung im Konkurs nicht, vgl. oben S. 3 Fn. 2

3) Die nachfolgenden Erfahrungswerte basieren auf einer Untersuchung der in den Jahren 1967 - 1977 im Geschäftsbereich des Konkursgerichts München, des größten seiner Art in der BRD, eröffneten Konkursverfahren. Die in Anlage 1 und 2 statistisch zusammengestellten Untersuchungsergebnisse stellen erstmals eine tatsächliche Erhebung zu der Problematik einer Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs dar.

Berücksichtigung des Normzwecks gefundene Ergebnis einer restriktiven Anwendung des § 613 a im Konkurs den Erfordernissen der insolvenzrechtlichen Praxis gerecht wird ¹⁾.

Heftig umstritten ist, ob und inwieweit die rechtlichen Bindungen des § 613 a Betriebsveräußerungen im Konkurs verhindern ²⁾. Das Schrifttum war bislang auf Vermutungen angewiesen ³⁾, da statistisches Material zu diesem Problem fehlte.

Die am 15.1.1972 erfolgte Einfügung des § 613 a in das BGB hat - wie aus Anlage 1 vorbehaltlich einer relativ geringen Stichprobengenauigkeit ersichtlich - keine statistisch feststellbare Abnahme von Betriebs- oder Betriebsteilveräußerungen bewirkt. Betriebserwerber minderten jedoch oftmals teils wegen der Haftungsübernahmeregelung teils - insbesondere bei personell überbesetzten Betrieben - wegen des gesetzlich angeordneten Eintritts in alle Arbeitsverhältnisse den Kaufpreis. Das zeigte sich u.a. darin, daß häufig Betriebsübergänge unter Übernahme der Belegschaft erfolgten, ohne daß der Masse ein ins Gewicht fallender Erlös zufloß. Das von nahezu allen Konkursverwaltern vorgebrachte Argument ⁴⁾, § 613 a erschwere Betriebsveräußerungen, bezieht sich somit augenscheinlich nur auf den erzielbaren Veräußerungserlös, nicht aber auf die Veräußerung als solche ⁵⁾.

-
- 1) Auswirkungen der Rechtsprechung des BAG zur Haftungsverteilung des § 613 a im Konkurs konnten nicht festgestellt werden, da die einschlägige BAG - Entscheidung (AP Nr. 18 zu § 613 a) erst aus dem Jahre 1980 datiert.
 - 2) Vgl. Fischer, S. 74 Fn. 2 und S. 75 Fn. 1 m.w.N.
 - 3) Insbesondere Mohrbutter, Festschrift 100 Jahre KO, S. 318 Anm. 114; Grub, KTS 1978, 129, 131, Fn. 15; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B I; Fischer, S. 75.
 - 4) u.a. Grub, KTS 1978, 129 ff; Kretschmer, KTS 1977, 137, 144.
 - 5) Insoweit bestätigt sich die Vermutung Seiters, Betriebsinhaberwechsel, B I.

Die Bedeutung des § 613 a als Schutznorm zur Sicherung des sozialen Besitzstandes der Arbeitnehmer darf nicht überbewertet werden, da zum einen der Konkursverwalter, sofern er sich zunächst zur Betriebsfortführung ¹⁾ und daran anschließend zur Gesamtverwertung entschließt, im Regelfall den Personalbestand durch ordentliche Kündigung unter Berufung auf betriebliche Bedingtheit (§ 22 KO) auf ein wirtschaftlich vertretbares Maß reduzieren wird und zudem im Normalfall seitens des Erwerbers großer Wert auf die Übernahme einer eingearbeiteten Belegschaft gelegt wird. Letzteres wirkt sich unmittelbar auch auf den Veräußerungserlös aus.

Ganz erheblich veräußerungser schwerend wirken sich im Gegensatz zu § 613 a die umfangreichen Sicherungsrechte aus, aufgrund deren einzelne Sicherungsgläubiger auf einer Einzelverwertung ihres Sicherungsgutes bestehen und eine Gesamtveräußerung verhindern können (Eigentumsvorbehalt, Grundpfandrechte, Forderungsabtretungen) ²⁾.

In der bisherigen Praxis der Masseverwertung schmälerte somit die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 den erzielbaren Kaufpreis, die vom Gesetzgeber primär beabsichtigte Sicherung des sozialen Besitzstandes der Arbeitnehmer zeigte jedoch kaum nachteilige Auswirkungen für Veräußerungen. Das oben aus dogmatischen Erwägungen gewonnene Ergebnis einer restriktiven Interpretation des § 613 a im Bereich der Haftungsverteilung

-
- 1) Um die Übergabe eines - den Verkaufswert erhöhenden - "lebenden" Betriebs zu ermöglichen, sollte ein die Betriebsveräußerung ins Auge fassender Konkursverwalter in jedem Falle zunächst den Betrieb fortführen. Ähnlich Fischer, S. 74 Fn. 1.
 - 2) Zu den Schlußfolgerungen hieraus vgl. S. 157 ff. Beachtenswert die überzeugenden Ausführungen Henckels, ZIP 1980, 2 ff.

entspricht somit auch den in der praktischen Anwendung auftretenden Besonderheiten einer konkursbedingten Geschäftsübertragung.

d) Überblick

aa) Die Betriebsveräußerung durch den Konkursverwalter nach Konkurseröffnung

§ 613 a findet im Konkurs somit uneingeschränkte Anwendung, soweit es um den Bestandsschutz von Arbeitsplätzen geht. Rückständige, vor Betriebsübergang entstandene Arbeitnehmeransprüche können indes nur nach der insoweit vorrangigen insolvenzrechtlichen Verteilungsordnung (§§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 61 Abs. 1 Nr. 1, 6 KO) befriedigt werden ¹⁾.

Diese restriktive Anwendung steht im Einklang mit dem Normzweck, der in erster Linie nicht eine Haftung des Betriebserwerbers für bereits entstandene Arbeitnehmerforderungen regeln will, sondern der in den Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung die Bestandssicherung der Arbeitsplätze - auch und gerade im Konkurs - stellt.

Die grundsätzlich ²⁾ begrüßenswerte Rechtsprechung des BAG hat bislang bestehende Rechtsunsicherheiten ³⁾, die sich insbesondere darin zeigten, daß nach Einfügung des § 613 a der Erwerber nur in etwa 50 % der Betriebsveräußerungen in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintrat ⁴⁾, beseitigt. Damit kommt der Rechtsprechung des BAG auch arbeitsmarktpolitische

1) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 422; Henckel, ZIP 1980, 2 ff.

2) Zu den Einschränkungen oben S. 55 f.

3) Vgl. oben S. 5 f.

4) Vgl. Anlage 2

Bedeutung zu, da künftig bei Betriebsveräußerungen im Konkurs der Bestandsschutz des § 613 a nicht mehr umgangen werden kann ¹⁾ und somit vermehrt Arbeitsplätze erhalten werden können. Gleichzeitig berücksichtigt das BAG das wirtschaftliche Risiko des Übernehmers eines notleidenden Betriebes angemessen und trägt dazu bei, daß der Anreiz für eine Umgehung des § 613 a durch einen Erwerb in einer Versteigerung minimiert wird.

Es bleibt zu hoffen, daß die Praxis die überzeugende Argumentation des BAG als einen wohlverstandenen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer und Betriebserwerber akzeptiert und aus diesem Grund die Zahl von Betriebsveräußerungen im Konkurs zunimmt.

bb) § 613 a bei Übertragung "konkursfreier" Betriebe

Bei Übertragung eines "praktisch konkursreifen" Betriebes vor Stellung eines Konkurs- bzw. Vergleichsantrages findet § 613 a uneingeschränkte Anwendung ²⁾. Gerade die besonders schwierige wirtschaftliche Situation eines solchen Betriebes macht es erforderlich, daß der im Vordergrund stehende Schutzzweck des § 613 a, den Bestand von Arbeitsplätzen zu sichern, zur Anwendung kommt ³⁾.

Hinsichtlich der Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 erscheint jedoch - anders als bei der Betriebsübertragung im Konkurs selbst - keine teleologische Reduktion geboten. Da einerseits die Übertragung durch den Betriebsinhaber zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem

1) § 613 a ist wegen seines Schutzzwecks nicht abdingbar, Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 1 d.

2) Im Ergebnis ebenso BAG AP Nr. 14 zu § 613 a

3) Vgl. oben S. 25 ff.

dieser keiner Verfügungsbeschränkung hinsichtlich seines Vermögens unterliegt, und zudem der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz erst mit Eröffnung des Konkursverfahrens seine Wirkung entfaltet, liegt eine gesetzwidrige Benachteiligung der übrigen Gläubiger nicht vor.

Die hier gefundene Lösung führt nicht zu ungebührlichen Nachteilen für den Betriebserwerber, da dieser die Haftung für rückständige Arbeitnehmeransprüche in seine wirtschaftlichen Kalkulationen einbeziehen kann. Sofern der Erwerber die im Betrieb oder Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer übernehmen will, vor der Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 jedoch zurückschreckt, steht es ihm frei, erst nach Konkurseröffnung dem Konkursverwalter ein entsprechendes Übernahmeangebot zu unterbreiten.

cc) Betriebsinhaberwechsel nach Stellung des Konkursantrages, jedoch vor Konkurseröffnung

Auch bei Übertragung eines Betriebes oder Betriebsteiles in dem Zeitraum zwischen Antragstellung und Eröffnung des Konkursverfahrens findet § 613 a - in Übereinstimmung mit seinem Normzweck ¹⁾ - uneingeschränkte Anwendung ²⁾.

Eine restriktive Interpretation des § 613 a im Bereich der Haftungsregelung ist nicht geboten, da die bei Betriebsübertragungen im Konkurs problematisierten insolvenzrechtlichen Erwägungen erst bei Veräußerungen nach Konkurseröffnung eingreifen. Vor Eröffnung des

1) Aufgrund der gleichgelagerten Interessenlage kann auf die Ausführungen bzgl. konkursreifer Betriebe verwiesen werden, oben S. 61 f.

2) Im Ergebnis auch LAG Düsseldorf, DB 1981, 1095 f.

Konkursverfahrens ist somit der bisherige Arbeitgeber unbeschränkt Verfügungsbefugt.

Allerdings spricht bei am Tag der Konkurseröffnung getätigten Betriebsübertragungen eine Vermutung dafür, daß sie nach Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden (§ 7 Abs. 3 KO) und damit wegen der fehlenden Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners unwirksam gegenüber den Konkursgläubigern sind (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 i. Hs. KO).

dd) § 613 a bei Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse (§ 107 KO)

Lehnt das Konkursgericht wegen unzureichender Masse die Eröffnung des Konkursverfahrens ab (§ 107 KO)¹⁾, so findet § 613 a in modifizierter Form auf Betriebsübertragungen Anwendung²⁾.

Auch nach Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse besteht - wenn auch sehr selten³⁾ - die Möglichkeit, Arbeitsplätze dadurch zu erhalten, daß ein Betrieb unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird.

Die zur Restriktion des § 613 a im Konkurs führenden speziellen insolvenzrechtlichen Abwicklungsrege-

1) Die Eröffnung des Verfahrens setzt voraus, daß neben den Massekosten des § 58 Nr. 1 und 2 KO auch die ihnen vorgehenden, bereits entstandenen und während des Konkursverfahrens noch entstehenden Masse-schulden nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO gedeckt sind, vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 107 Rdnr. 2. Zur Höhe eines etwaigen die Konkurseröffnung ermöglichenden Kostenvorschusses vgl. § 107 Abs. 1 S. 2 KO. Trotz vorhandenen Betriebsvermögens kann somit der Konkursantrag gemäß § 107 KO abge-wiesen werden, da bei der Bewertung der Massezuläng-lichkeit die Höhe der Massekosten und Masseschulden zu berücksichtigen ist, vgl. Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 430 m.w.N.

2) BAG AP Nr. 22 zu § 613 a
A.A. Käßpler, Anm. zu EzA § 613 a Nr. 30, S. 191/
192.

3) A.A. BAG AP Nr. 22 zu § 613 a.

lungen können bei Betriebsübertragungen nach Ablehnung des Konkursantrags mangels Masse nicht zu einer einschränkenden Anwendung des § 613 a führen, da sie nur bei eröffneten Insolvenzverfahren Gültigkeit haben ¹⁾.

Bei einer uneingeschränkten Anwendung der Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 könnten jedoch Veräußerungen nur stattfinden, wenn das verwertbare Betriebsvermögen mindestens die rückständigen Arbeitnehmeransprüche abdeckt. Andernfalls fände sich kein Betriebs-erwerber, der über den Wert des von ihm zu übernehmenden Betriebsvermögen hinaus für rückständige Arbeitnehmeransprüche haften wollte. Bei Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse ist jedoch der Geschäftswert meist so niedrig anzusetzen, daß er erheblich unter dem Betrag rückständiger, vor dem Betriebsübergang entstandener Arbeitnehmerforderungen liegt. Damit wären jedoch Betriebsveräußerungen nahezu unmöglich gemacht.

Zwischen den beiden Normzwecken des § 613 a, Bestandsschutz und Haftungsverteilung, besteht somit ein Zielkonflikt, der aufgrund der uneingeschränkten Priorität des Bestandsschutzes ²⁾ zugunsten einer teleologischen Reduktion des § 613 a im Haftungsbereich zu

-
- 1) Der Grundsatz "par conditio creditorum" findet keine Anwendung, da bei einer Masselosigkeit statt eines geordneten Verteilungsverfahrens ein ungeordneter Gläubigerkampf alle gegen alle (bellum omnium contra omnes) entbrennt. Zudem erfolgt die Veräußerung nicht durch einen Konkursverwalter, sondern durch den Gemeinschuldner selbst, der in diesem Fall Verfügungsbefugt ist (§ 6 Abs. 1 KO, argumentum e contrario).
 - 2) Ihm kommt gerade angesichts unzureichender Vermögensmasse bei dem bisherigen Arbeitgeber große Bedeutung zu.

entscheiden ist ¹⁾. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Ziel des Gesetzgebers, einen lückenlosen Bestandsschutz zu schaffen.

Eine restriktive Interpretation des § 613 a hinsichtlich der Haftungsverteilung könnte jedoch durch Anwendung des § 419 BGB umgangen werden, der bzgl. in der Vergangenheit erworbener Ansprüche die gleiche ratio legis aufweist ²⁾ und unabdingbar ist (§ 419 Abs. 3 BGB). Der Tatbestand des § 419 BGB liegt i.d.R. vor, da bei Ablehnung der Konkursöffnung wegen unzulänglicher Masse außer dem Betrieb selbst kein nennenswertes Vermögen vorhanden sein wird ³⁾.

Sinn und Zweck des § 419 BGB ergeben, daß diese Vorschrift auf Betriebsübertragungen nach Abweisung des Konkursantrags mangels Masse Anwendung findet.

§ 419 BGB liegt der deutschrechtliche Gedanke zugrunde, daß das Aktivvermögen des Schuldners die natürliche Grundlage für den ihm eingeräumten Kredit ist ⁴⁾. Schulden sind demzufolge Lasten des Aktivvermögens, die bei Übertragung des Vermögens mit übergehen müssen ⁵⁾. § 419 BGB stellt somit unabdingbar eine enge Bindung zwischen bereits begründeten Schulden und dem Aktivvermögen als Haftungsmasse her. Ob-

1) Im Ergebnis ebenso BAG AP Nr. 22 zu § 613 a, unter Berufung auf Gemeinsamkeiten zwischen Konkursöffnung und Ablehnung der Konkursöffnung mangels Masse. Die Entscheidung des BAG bezog sich allerdings auf die Haftungsverteilung bei unverfallbaren Versorgungsanwartschaften. Auf die durch § 419 BGB und § 25 HGB entstehende Problematik ging das BAG nicht ein.

2) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 430.

3) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 430 m.w.N.

4) BGHZ 27, 257, 260; Palandt/Heinrichs, § 419 Anm. 1

5) RGZ 139, 199, 201; Palandt/Heinrichs, § 419 Anm. 1

wohl bei Abweisung des Konkursantrags mangels Masse das Aktivvermögen des Gemeinschuldners nur äußerst gering zu bewerten ist, kommt § 419 BGB bei rechtsgeschäftlicher Betriebsübertragung mit der Folge zur Anwendung, daß aufgrund der gesetzlichen Schuldmitübernahme durch den Erwerber (§ 419 Abs. 2 BGB) i.d.R. kein Veräußerungserlös zu erzielen ist. Der Erwerber haftet damit in Höhe des auf ihn übergegangenen Betriebwertes gegenüber den Gläubigern seines Vertragspartners (§ 419 Abs. 2 BGB), die sich nach dem oben erwähnten Prinzip des *bellum omnium contra omnes* an ihn halten.

§ 25 HGB - im Gegensatz zu § 419 BGB nicht zwingend - gilt im Zweifel als abbedungen (§ 25 Abs. 2 HGB).

Die wirtschaftliche Berechtigung dieser Lösung ergibt sich u.a. daraus, daß dem in Konkurs geratenen bisherigen Betriebserwerber kein finanzieller Vorteil aus der Betriebsübertragung erwächst. Die Anwendung des § 419 BGB läßt somit den Bestandsschutzzweck des § 613 a unberührt und bewirkt lediglich, daß das sonst übliche Verkaufsentgelt durch die Schuldmitübernahme des Erwerbers als abgegolten gilt.

ee) § 613 a bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse (§ 204 KO)

Die Einstellung des Verfahrens beendet den ~~wirtsam~~ eröffneten Konkurs ¹⁾. Aus diesem Grund liegt hier eine Parallelproblematik zu dem Fall einer Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse vor. Auch

1) Jaeger/Weber, KO, §§ 202, 203, Anm. 11.

in den - sicherlich sehr seltenen - Fällen einer Ver-
äußerungsmöglichkeit des Gesamtbetriebs nach Einstel-
lung des Konkursverfahrens mangels Masse ist somit
eine teleologische Reduktion des § 613 a im Bereich
der Haftungsverteilung dergestalt vorzunehmen, daß
der Erbwerber nicht für vor dem Betriebsübergang ent-
standene Arbeitnehmeransprüche haftet.

III. § 613 a beim Übergang von Pachtverhältnissen im Konkurs

1) Die Betriebsübertragung vom Erst- auf den Zweitpächter

Die Anwendbarkeit des § 613 a wird in Zwei-
fel gezogen, wenn es zwischen dem früheren und dem
neuen Betriebsinhaber keine unmittelbaren rechtsge-
schäftlichen Beziehungen gibt ¹⁾. Diese Fallgestaltung
ergibt sich insbesondere dann, wenn der bisherige
Pächter eines Betriebes in Konkurs geraten ist (Erst-
pächter) und ein neuer Pächter (Zweitpächter) auf-
grund eines Pachtvertrages mit dem Verpächter den Be-
trieb mit dem gleichen Betriebszweck fortführt ²⁾.

-
- 1) LAG Baden-Württemberg, BB 1976, 1607; Hadding-
Haeuser, SAE 1978, 54, 56.
- 2) Dieser Fall wurde bislang - soweit ersichtlich -
von Rechtsprechung und Schrifttum nicht diskutiert.
Für die Anwendbarkeit des § 613 a bei Betriebsüber-
tragung vom Erst- auf den Zweitpächter außerhalb
eines Konkursverfahrens sprechen sich aus:
BAG ZIP 1981, 522 ff; ArbG Berlin BB 1975, 1253;
LAG Berlin DB 1979, 608; ArbG Lörrach DB 1977, 501;
ArbG Wuppertal DB 1979, 220; Borngräber, S. 50 f;
Bracker, S. 37; Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG,
S. 299, 305; Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 4 zu
§ 613 a; Posth, S. 80/81; Schaub, Münch.Komm.,
§ 613 a Rdnr. 33; ders. Arbeitsrechtshandbuch,
§ 118 II 2; ders. Das Arbeitsrecht der Gegenwart,
1980, S. 75; Schwerdtner, Festschrift für Gerhard
Müller, S. 557.

Der Wortlaut des § 613 a läßt offen, ob das Tatbestandsmerkmal "Rechtsgeschäft" ¹⁾ unmittelbare rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen Erst- und Zweitpächter erfordert ²⁾.

Der aus dem Sozialstaatsgedanken abgeleitete Sinn und Zweck des § 613 a gebietet es, Betriebsübertragungen von einem Pächter auf den anderen ohne unmittelbares Rechtsgeschäft, aber durch Einbeziehung des Verpächters als Mittelsperson, in den uneingeschränkten Anwendungsbereich des § 613 a einzubeziehen.

Die umfassende Sicherung der Arbeitsplätze bei rechtsgeschäftlichen Betriebsübertragungen erfordert auch beim Übergang von Pachtverhältnissen die Anwendung des § 613 a als Bestandsschutznorm. Andernfalls ergäbe sich eine Lücke im arbeitsrechtlichen Bestandschutz ³⁾, da der Zweitpächter als Betriebsnachfolger den bei jeder anderen Kündigung geltenden Maßstab einer sozialen Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) nicht zu beachten hätte.

Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß die Rechtsfolgen des § 613 a auch bei Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts eintreten können ⁴⁾. Auch ein anfechtbares oder nichtiges Rechtsgeschäft kann somit den Tatbestand des § 613 a erfüllen, wenn

1) Pacht ist ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 613 a, BAG AP Nr. 14 zu § 613 a m.w.N.

2) BAG ZIP 1981, 522, 523; Bracker, S. 37; Posth, S. 80/81; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 33. A.A. LAG Baden-Württemberg, BB 1976, 1607.

3) Vgl. oben S. 49 ff. Ebenso Posth, S. 80/81; BAG ZIP 1981, 522, 523; LAG Berlin, DB 1979, 608. Diese Lücke wäre deshalb systemwidrig, da sie sich nur auf bestimmte Gewerbebereiche bezieht, in denen typischerweise Pachtverträge abgeschlossen werden, z.B. Gaststätten, Kantinen.

4) H.M., Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 2 d; Steckhan, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, S. 467 Anm. 11; Posth, S. 82 Fn. 39 m.w.N. Auf diese Frage soll hier im einzelnen nicht näher eingegangen werden.

es vollzogen wurde. Anknüpfungspunkt für den Übergang der Arbeitsverhältnisse und die Auflösung der Rechtsfolgen des § 613 a ist somit der rein tatsächliche Inhaberwechsel unter selbstverantwortlicher Übernahme der Betriebsorganisation ¹⁾, der beim Pächterwechsel ohne Zweifel vorliegt.

Im Gegensatz zu Betriebsveräußerungen wird bei Pachtübertragungen im Konkurs auch die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 der wechselseitigen Interessenlage der Beteiligten gerecht. Die Arbeitnehmer erhalten volle Befriedigung ihrer rückständigen Ansprüche durch den Zweitpächter bzw. können gegenüber diesem auf einen Teil ihrer Ansprüche verzichten ²⁾, wenn der Betriebsübergang und damit der Bestand ihrer Arbeitsplätze durch die Schuldmitübernahme des Zweitpächters für vor dem Betriebsübergang entstandene Arbeitnehmeransprüche gefährdet ist. Eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger wider den Grundsatz "par conditio creditorum" entsteht hierbei nicht, da der Masse bei Weiterverpachtung ohnehin kein Erlös zufließt. Die Konkursmasse wiederum wird entlastet, da sie für die nach Betriebsübergang entstehenden Arbeitnehmeransprüche nicht mehr haftet. Der Zweitpächter schließlich wird durch diese Regelung nicht über Gebühr benachteiligt, da er die auf ihn zukommende finanzielle Belastung ³⁾ vor Abschluß des Pachtvertrages in seinen Kalkulationen berücksichtigte und sie evtl. durch einen Verzicht seitens der Arbeit-

1) ArbG Wuppertal, DB 1979, 220.

2) hierzu unten S. 117 ff.

3) Dem Zweitpächter muß man hierbei im Rahmen der Pachtverhandlungen einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Verpächter, wie auch gegenüber dem Erstpächter, einräumen. Schließlich kann der potentielle Zweitpächter seine endgültige Zustimmung zum Abschluß des Pachtvertrages von diesen Angaben abhängig machen.

nehmer mindern kann. Da auch der Verpächter an einer schnellen Weiterverpachtung des bestehenden Betriebs interessiert ist, hat der Zweitpächter reelle Chancen, durch Verhandlungen mit dem Verpächter eine Minderung des Pachtzinses als finanziellen Ausgleich für die von ihm zu begleichenden Arbeitnehmerforderungen zu erreichen. Zudem darf nicht übersehen werden, daß dem Zweitpächter durch die Übernahme eines eingeführten Betriebes samt eingearbeiteter Belegschaft auch ein nicht zu vernachlässigender wirtschaftlicher Vorteil zufließt.

Zwischen Erst- und Zweitpächter müssen somit keine unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Beziehungen bestehen ¹⁾. Damit ist § 613 a in diesem Fall uneingeschränkt anwendbar ²⁾.

2) Die Betriebsfortführung durch den Verpächter

Die Weiterführung des Betriebes durch den Verpächter selbst fällt ebenso unter den Anwendungsbereich des § 613 a, da die Rückübertragung des Betriebes auf einem Rechtsgeschäft beruht (z.B. Kündigung, §§ 581 Abs. 2, 556 Abs. 1 BGB ³⁾; Aufhebungsvertrag, § 305 BGB als pactum sui generis). Im übrigen kann wegen der ähnlich gelagerten Problematik hinsichtlich

1) Eine Betriebsnachfolge setzt - wie Schaub, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S 75 zutreffend ausführt - voraus, daß der Zweitpächter unmittelbar oder im zeitlichen Zusammenhang den Betrieb fortführt. Führt der Verpächter selbst während einer Interimszeit den Betrieb fort, um ihn erst dann weiterzuverpachten, so findet § 613 a zunächst im Verhältnis Erstpächter und Verpächter und später nochmals bei Übertragung vom Verpächter auf den Zweitpächter Anwendung.

2) ebenso BAG AP Nr. 24 zu § 613 a.

3) Die causa für die Rückgabe des Pachtobjekts liegt bereits im ursprünglichen Pachtvertrag begründet.

der Haftungsverteilung auf die oben ¹⁾ gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Auch bei Weiterführung eines Betriebes durch den Verpächter aufgrund Konkurses des Pächters ist § 613 a somit ohne Einschränkungen anwendbar.

- 3) Die Verpachtung eines Betriebes anlässlich einer Betriebsaufspaltung an die Produktionsgesellschaft

Grundsätzlich ist auch im Konkurs die Ausgründung einer Betriebskapitalgesellschaft (i.d.R. eine GmbH) aus dem Unternehmen einer Personengesellschaft (OHG, KG) denkbar. Dabei verpachtet die Personengesellschaft den bisherigen Geschäftsbetrieb an die neu gegründete Betriebsgesellschaft, während sie selbst als Besitzpersonengesellschaft fortgeführt wird ²⁾.

Da es sich um einen Sonderfall einer Betriebsverpachtung handelt, kommen die obigen Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 613 a bei Pachtverhältnissen zur Anwendung ³⁾.

Allerdings ist eine derartige Betriebsabspaltung im Konkurs nicht ratsam. Weder steuerliche Motive, noch gesellschaftsrechtlich relevante Haftungsbeschränkungen - beides normalerweise dominierende Überlegungen bei einer Betriebsausgründung - lassen für die Verwertung der Konkursmasse Vorteile erwarten.

Auch haftungsrechtliche Erwägungen können zu keinem anderen Ergebnis führen. Erfolgt die Betriebsabspaltung allein (oder unter anderem) in der Absicht,

1) Vgl. oben S. 69 f.

2) Birk, BB 1976, 1227, 1229; Engels, DB 1979, 2227, 2231; Höfer/Abt, BetrAVG, Arb.Gr., Rdnr. 544.

3) Vgl. oben S. 67 ff. Das Schrifttum bejaht die Anwendung des § 613 a bei diesem Sachverhalt, vgl. oben Fn. 2.

das noch vorhandene Vermögen der Ausgangsgesellschaft im Fall einer Betriebsstillegung oder - einschränkung den Sozialplanforderungen der Arbeitnehmer zu entziehen, so liegt eine Kollusion zur Umgehung der §§ 111 ff BetrVG vor. Hier würde die Unternehmensleitung, bzw. der Konkursverwalter, entgegen der - nach Ansicht des BVerfG ¹⁾ - verstärkt den Rechtsbegriff der guten Sitten mitbestimmenden Sozialstaatsklausel (Art. 20 GG) handelnd, ihre wirtschaftliche Macht in betrügerischer Absicht mißbrauchen, da die faktische Durchsetzbarkeit der betriebsverfassungsrechtlich gesicherten Arbeitnehmerpositionen durch diese unternehmerische Entscheidung ganz erheblich ausgehöhlt wird. Nach § 138 BGB wäre das der Betriebsabspaltung zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig, so daß etwaige Sozialplanansprüche auch aus dem Haftungsvermögen der Besitzpersonengesellschaft befriedigt werden können.

IV. Exkurs: § 613 a im Reorganisationsverfahren

Die intensiven Bemühungen der vergangenen Jahre, den Zerschlagungskonkurs zugunsten eines einheitlichen, auf Reorganisation oder Zerschlagung zielendes Insolvenzverfahren zurückzudrängen ²⁾, machen es erforderlich, die Frage nach einer Anwendbarkeit des § 613 a im Reorganisationsverfahren zu stellen.

1) BVerfG 8, 329.

2) So die Anregung der vom Bundesminister der Justiz eingesetzten Kommission zur Reform des Insolvenzrechts, Münchner Merkur v. 31.7./1.8.1982, S. 23. Vgl. auch die Gutachten E (Hanau) und D (Schmitt) zum 54. DJT sowie die Beschlüsse des 54. DJT zu Abteilung IV, Sanierung von Unternehmen, abgedruckt in NJW 1982, 2548.

Die tragenden Motive der restriktiven Anwendung des § 613 a in der derzeitigen Konkursabwicklung - Sicherung der Arbeitsplätze und Gedanke der "par conditio omnium creditorum" - kommen auch im Reorganisationsverfahren zum Tragen ¹⁾. Sie führen zu der - notwendigerweise - einheitlichen Anwendung des § 613 a im integrierten Gesamtinsolvenzverfahren, wonach der Erwerber zwar die Arbeitsplätze erhalten muß, seine Haftung sich jedoch nur auf die nach Betriebsübernahme entstehenden Arbeitnehmeransprüche erstreckt

V. Umgehungstatbestände

Zur Vermeidung der für Betriebserwerber unangenehmen Rechtsfolgen wird verschiedentlich versucht, den Tatbestand des § 613 a zu umgehen. Die verschiedenen Umgehungstatbestände werden im folgenden einer dogmatischen Würdigung unterzogen.

1) Betriebsstillegung

Problematisch ist, ob ein Betriebsübergang i.S.d. § 613 a auch dann vorliegt, wenn ein Betrieb nach Entlassung der Belegschaft vorübergehend stillgelegt worden ist, später jedoch die Betriebsmittel an einen Interessenten übertragen werden, der den Betrieb nach Einstellung eines Teils der früheren Belegschaft wieder fortführt.

Wird der Betrieb wegen Insolvenz des Inhabers vollständig eingestellt und eröffnet ein neuer Arbeitgeber mit den Betriebsmitteln und unter Neueinstellung der Belegschaft einen neuen Betrieb, so handelt es sich um

1) Vgl. oben S. 44 ff. Hanau, Gutachten E zum 54. DJT, S. 107.

eine - § 613 a ausschließende - Unterbrechung. Diese setzt voraus, daß der Konkursverwalter den Betrieb mit dem Willen zur endgültigen Stilllegung schließt, da bei einmal erfolgter Stilllegung die Grundsätze der Betriebsnachfolge nicht mehr greifen können¹⁾.

Der Tatbestand einer Umgehung des § 613 a liegt jedoch vor, wenn in Absprache zwischen Konkursverwalter und Betriebserwerber der von Anfang an geplanten Veräußerung kurzfristig eine Betriebsstilllegung unter bewußter Inkaufnahme von Sozialplanansprüchen nach §§ 111, 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG vorgeschaltet wird, um dem Übernehmer einen Wechsel bzw. eine Reduzierung der Belegschaft nach seinem Ermessen zu ermöglichen²⁾. Die Beteiligten dieser Absprache gehen i.d.R. zu Lasten der Belegschaft davon aus, daß gerade in massearmen Konkursen das Vermögen des Gemeinschuldners nicht ausreicht, die Sozialplanansprüche in akzeptablem Umfang zu befriedigen. Die anläßlich der "Betriebsstilllegung" ausgesprochenen Kündigungen verstoßen in diesem Fall gegen das gesetzliche Kündigungsverbot der §§ 613 a Abs. 4, 134 BGB³⁾ und sind aus diesem Grund nichtig. Die vorübergehende Betriebsstilllegung beendet somit bestehende Arbeitsverhältnisse keineswegs, so daß der Erwerber diese Arbeitnehmer

1) Rewolle, DB 1950, 402, 403; LAG Frankfurt/Main, EzA Nr. 30 zu § 613 a.

2) Das Erfordernis einer Umgehungsabsicht betonen auch Borngreber, S. 55; Everhardt, BB 1976, 1611, 1613; Heinze, DB 1980, 205, 211; Schaub, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S. 76; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B IV 3 d; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 613 a; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 421. A.A. Käßler, Anm. zu EzA Nr. 30 zu § 613 a, unter Anknüpfung an objektive Kriterien.

3) Palandt/Heinrichs, § 134 Anm. 2 a; A.A. Käßler, Anm. zu EzA Nr. 30 zu § 613 a. Auch nach den vom BAG in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen ist von einer Nichtigkeit auszugehen, da der Zweck der zwingenden Rechtsnorm des Abs. 4 dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (Stilllegung) mißbräuchlich verwendet werden, vgl. BAG NJW 1982, 2789.

weiterbeschäftigen muß ¹⁾.

Führen nach einer vom Konkursverwalter geplanten und eingeleiteten Stillegung unvorhersehbare Umstände dazu, daß sich doch noch eine Übertragungsmöglichkeit des Gesamtbetriebs ergibt, so findet § 613 a nur dann Anwendung, wenn die Stillegung noch nicht erfolgt ist. Für den Zeitpunkt der Stillegung entscheidend ist die faktische Aufgabe des Unternehmenszwecks ²⁾. Soweit zum Zeitpunkt der Veräußerung vom Konkursverwalter bereits ein Sozialplan aufgestellt wurde und dieser noch nicht abgewickelt ist, insbesondere die Arbeitnehmerabfindungen noch nicht ausgezahlt sind, führt die Veräußerungsmöglichkeit zum Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich der Sozialplanvereinbarung ³⁾. Die Betriebsübertragung löst damit die rechtlichen Folgen des § 613 a aus.

2) Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks

Eine Umgehung der Rechtsfolgen des § 613 a ist grundsätzlich auch dadurch möglich, daß der Konkursverwalter das Betriebsgrundstück samt Inventar (Zubehör, §§ 55, 20 Abs. 2 ZVG, 1120 BGB, 97 BGB) nach § 126 KO im Wege der Zwangsversteigerung verwertet. § 613 a findet hierbei keine Anwendung, da

-
- 1) Ebenso Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B IV 3 d. Von Stebut, ZfA 1977, 311, 365, ist der Ansicht, daß gekündigte Arbeitsverhältnisse nach Wiederaufnahme des Betriebs nicht mehr aufleben können, wenn die Frist des § 7 i.V.m. § 4 KO abgelaufen ist.
 - 2) Für die Wirksamkeit der Stillegungskündigungen kommt es nach h.M. entscheidend auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung an, vgl. Käßler, Anm. zu EzA Nr. 30 zu § 613 a.
 - 3) Dietz/Richardi, BetrVG, § 112 Rdnr. 107. Vgl. auch ArbG Hamm, ZIP 1980, 1133 sowie LAG Frankfurt/Main, EzA Nr. 30 zu § 613 a.

der Konkursverwalter in hoheitlicher Funktion kraft seines Amtes den Zwangsvollstreckungsakt betreibt und somit der Tatbestand des rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs nicht erfüllt ist ¹⁾.

Zur Übertragung eines gesamten Betriebes sind jedoch zusätzlich rechtsgeschäftliche Abreden zwischen Konkursverwalter und Kaufinteressent zur Übertragung solcher Gegenstände, z.B. Geschäftsbücher, erforderlich, die von dem Zwangsvollstreckungsakt nicht erfaßt werden, zur Betriebsfortführung jedoch unentbehrlich sind. Zudem muß der Konkursverwalter parallel laufend weitere Absprachen mit dem potentiellen Erwerber treffen, um die Erzielung eines angemessenen Versteigerungserlöses sicherzustellen ²⁾.

Werden die vorgenannten Absprachen jedoch mit dem Ziel getroffen, die Rechtsfolgen des § 613 a zu vermeiden, so handelt es sich um ein sittenwidriges und damit nichtiges Umgehungsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) zur Ausschaltung des unabdingbaren Arbeitnehmerschutzes des § 613 a.

§ 126 KO stellt somit keine praktikable Möglichkeit zur Umgehung des Normzwecks des § 613 a dar.

c) Zusammenfassung des 3. Kapitels

Die auf einer differenzierenden Betrachtung der verschiedenen Normzwecke beruhende dogmatischen Einordnung des § 613 a auf konkursbedingte Geschäftsübertragungen zeigt, daß bezüglich der Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs zwischen Betriebsveräußerungen und Pachtübertragungen unterschieden werden muß.

1) ausführlich Richardi, RdA 1976, 56, 58 ff m.w.N.

2) ebenso Henckel, ZIP 1980, 2, 3.

- Bei Betriebsveräußerungen durch den Konkursverwalter nach Konkurseröffnung ist § 613 a - einer teleologischen Reduktion folgend - dahingehend zu interpretieren, daß der Erwerber nicht für vor dem Betriebsübergang entstandene, rückständige Arbeitnehmeransprüche haftet.
- Diese restriktive Interpretation ist auch bei Veräußerungen nach Ablehnung des Konkursantrags mangels Masse bzw. nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse geboten.
- Erfahrungswerte aus dem Geschäftsbereich des Konkursgerichts München unterstreichen dieses Ergebnis, da § 613 a Betriebsveräußerungen nicht verhindert, sondern erlösmindernd wirkt.
- Bei Betriebsveräußerungen vor der förmlichen Konkurseröffnung (§ 108 KO) ist § 613 a uneingeschränkt anwendbar ¹⁾.
- Bei Konkurs des Erstpächters ist § 613 a bei einer Betriebsfortführung durch einen Zweitpächter ohne Einschränkung anwendbar.
- Auch in dem in der Diskussion befindlichen Reorganisationsverfahren ist eine modifizierende Anwendung des § 613 a geboten.
- Eine Umgehung des Arbeitsplatzschutzes des § 613 a durch ein vorsätzliches Zusammenwirken zwischen Konkursverwalter und Kaufinteressenten zum Nachteil der Arbeitnehmer ist nicht möglich.

1) Der Konkurseröffnungsbeschluß ist damit ein praktikables förmliches Abgrenzungskriterium für die Frage, inwieweit § 613 a uneingeschränkt Anwendung finden kann bzw. restriktiv interpretiert werden muß.

4. K A P I T E L

Auswirkungen von Betriebsveräußerungen im Konkurs auf Individualarbeitsverhältnisse

A) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebs- inhaberwechsel

Der Wortlaut des § 613 a läßt offen, ob der Übergang der Arbeitsverhältnisse auch für die Arbeitnehmer zwingend ist oder ob ihnen ein Widerspruchsrecht zusteht ¹⁾.

Trotz anhaltend heftiger Kritik im Schrifttum ²⁾

-
- 1) BAG AP Nr. 1 zu § 613 a (Unter III 1 der Gründe); Posth, S. 45/46.
A.A. Birk, Anm. zu BAG EzA Nr. 1 zu § 613 a, S. 15; Bracker, S. 40; Gitter, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 133, 141; Schwerdtner, SAE 1978, 57, 61; Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 613 a, Bl. 6; Wendling, S. 140.
- 2) Birk, Anm. zu BAG EzA Nr. 1 zu § 613 a; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 10 zu § 613 a; ders. BB 1976, 1227, 1228; Borngräber, S. 122; Bracker, S. 39; Fikentscher, S. 329; Gaul, BB 1979, 1666, 1670, erkennt ein Widerspruchsrecht nur dann an, wenn dieses vertraglich mit dem bisherigen Arbeitgeber vereinbart war; Gitter, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 133 ff; Heinze, DB 1980, 205; Herschel, AuR 1975, 382; ders. ZfA 1977, 219, 231, 336 ff; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 21 zu § 613 a; Hess, BB 1977, 501; Kaestel, BB 1978, 153; Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 299 ff; Krejci, S. 248 f; Lorenz, Schuldrecht II, S. 257; Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 3 (a.A. noch 36. Aufl.); Palme, BlStSozArbR 1977, 386; Roemheld, BB 1976, 845; ders. SAE 1976, 196, 199/200; Schwerdtner, SAE 1978, 57; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B III 2 c; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 613 a; Stratmann, SAE 1976, 74; Wendling, S. 136 ff; Zeuner, AuR 1979, 20; Ziege, § 613 a; Schreiber, RdA 1982, 137, 140 ff.

bejaht das BAG in nunmehr ständiger Rechtsprechung ¹⁾ die Möglichkeit eines Widerspruchs der Arbeitnehmer.

Im einzelnen soll auf diese Frage hier nicht näher eingegangen werden ²⁾. Im Hinblick auf konkursbedingte Betriebsübertragungen muß dem BAG im Ergebnis zugestimmt werden, da der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses und die personale Würde der Arbeitnehmer einen automatischen Übergang gegen den Willen der Arbeitnehmer ausschließen. Schwierigkeiten können zweifellos auftreten, wenn Arbeitnehmer, denen aufgrund ihres know how betriebstragende Bedeutung zukommt, das Widerspruchsrecht ausüben. In diesem Fall kann es sich betriebswertzerschlagend auswirken. Dieses Ergebnis muß jedoch aufgrund der gesetzlich geregelten besonderen Schutzbedürftigkeit des einzelnen Arbeitnehmers (§§ 613 S. 2; 415 Abs. 1; 398 BGB) ³⁾ hingenommen werden.

-
- 1) Vgl. BAG AP Nr. 1, 8, 10, 21 zu § 613 a.
Eine Übersicht über die Rechtsprechung der arbeitsgerichtlichen Instanzen findet sich bei Posth, S. 51 Anm. 126.
Zustimmend Eich, DB 1980, 255, 257/258; Erman/Küchenhoff, § 613 a Rdnr. 38 - 42; Falkenberg, DB 1980, 783; Fuchs, S. 155; Hanau/Adomeit, S. 122; wohl auch Hutzler, BB 1981, 1470; Lieb, S. 20; Picker, ZfA 1981, 453; Posth, S. 45; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 118 II 4; ders. Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 41; ders. Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S. 76; Schlüter, ZfA 1975, 437, 476;
- 2) Vgl. ausführlich Bracker, S. 39 ff; Gitter, a.a.O., S. 133 ff; Kraft, a.a.O., S. 307; Posth, S. 45 ff; Schreiber, RdA 1982, 137, 140; Wendling, S. 130 ff.
- 3) Vgl. Adomeit, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 102.

B) Kündigung von Arbeitsverhältnissen anlässlich eines Betriebsinhaberwechsels im Konkurs

I. Auswirkungen der Konkurseröffnung auf den Bestand von Arbeitsverhältnissen

Der Konkurseröffnungsbeschluß beinhaltet keine automatische Betriebsstillegung, vielmehr bleiben bestehende Arbeitsverhältnisse zunächst von der Eröffnung des Konkursverfahrens unberührt ¹⁾,

Es steht jedoch im Ermessen des Konkursverwalters, ob er den Geschäftsbetrieb des Gemeinschuldners bis zu einer Beschlußfassung durch die Gläubigerversammlung (§ 132 Abs. 1 KO) vorläufig stilllegt oder aber - sofern sich eine Veräußerungsmöglichkeit andeutet - unter eigener Regie zunächst weiterführt (§ 129 Abs. 2 KO), da die Übertragung eines "lebenden" Betriebes arbeitsplatzerhaltend und auch i.d.R. erlössteigernd wirkt ²⁾. Von dieser Entscheidung hängt schließlich auch ab, ob bestehende Arbeitsverhältnisse von einem der Beteiligten gelöst werden.

Die folgende Aufgabe wird sein, die Kündigung von Arbeitsverhältnissen im Konkurs anlässlich eines Betriebsinhaberwechsels dogmatisch zu erörtern.

1) German, S. 18; Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 14; Reyer, BlStSozArbR 1972, 337; Uhlenbruck, Insolvenzzrecht, S. 88.

2) Zudem können hierdurch die Masse erheblich belastende Sozialplanansprüche vermieden werden.

II. Anwendung der arbeitsrechtlichen Kündigungs- schutzbestimmungen im Konkurs

Große praktische Bedeutung kommt der Frage zu, ob die in den verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen enthaltenen Kündigungsschutzbestimmungen, u.a. Beteiligungsgesetz des Betriebsrats bei Kündigungen, § 102 BetrVG; KSchG; MuSchG; SchwbG ¹⁾, auch im Konkurs Anwendung finden.

Im älteren arbeitsrechtlichen Schrifttum wurde teilweise die Auffassung vertreten, bei Kündigung durch den Konkursverwalter seien die Kündigungsschutznormen nicht anwendbar ²⁾. Dieser Ansicht wird jedoch zu Recht im neueren Schrifttum ³⁾ entschieden entgegengetreten,

-
- 1) Übersichtlich Adomeit, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 50 f; German, S. 28 ff.
 - 2) Nach Adler, LZ 1928 Spalte 1370/1374, spricht der Konkursverwalter die Kündigung kraft des ihm übertragenen Amtes aus (str., vgl. Wiese, S. 37/38), da er nicht Arbeitgeber sei.
Erdel, GewKfMG 1926 Spalte 267, 386, und Mentzel, KO, 4. Aufl., § 22 Anm. 3 argumentieren, § 22 KO stelle als Ausnahmenvorschrift für den auch auf Arbeitsverträge anwendbaren § 17 KO einen abschließenden Arbeitsplatzschutz dar, da er die Erfüllungsverweigerung durch den Konkursverwalter im Bereich des Arbeitsvertragsrechts ausschließe. Den Kündigungsschutzgesetzen könne kein Anhaltspunkt dafür entnommen werden, daß sie die Ausnahmenvorschrift des § 22 KO erweitern wollten.
Herschel/Steinmann, KSchG, § 11 Anm. 5, betonen, die Kündigung durch den Konkursverwalter sei stets als eine außerordentliche anzusehen (str., Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rdnr. 16 m.w.N.), so daß die Kündigungsschutznormen ohnehin nicht zum Zuge kämen.
Nach Jaeger, KO, 6. Aufl., § 22 Anm. 23, scheitert die Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen am Konkurszweck, der das Wohl des einzelnen dem der Gesamtheit hintanstellt.
Vgl. auch German, S. 34 ff.
 - 3) Adomeit, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 38; Böhle-Stamschräder, KO, § 22 Anm. 7; Brill, AuR 1967, 337; Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 62; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22, Rdnr. 12 ff; German, S. 39 Fn. 3 m.w.N.; Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsveränderungen im Konkurs, S. 138 ff.
Einschränkend Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 22 ff.

da der Gesetzgeber den den Kündigungsschutznormen zugrundeliegenden sozialen Erwägungen zum Schutz der Arbeitnehmer bewußt Priorität vor den wirtschaftlichen Interessen der übrigen Gläubiger ¹⁾ im Konkurs eingeräumt hat ²⁾.

Beabsichtigt der Konkursverwalter, den Geschäftsbetrieb des Gemeinschuldners einstweilig fortzuführen ³⁾, um ihn anschließend zu veräußern, ist jedoch eine restriktive Handhabung der Kündigungsschutzbestimmungen geboten. Wie oben ausgeführt, wird im Konkurs der soziale Schutz der Arbeitnehmer vorbildlich dadurch erreicht, daß der Konkursverwalter versucht, den Betrieb unter vorläufiger Weiterführung der Geschäftstätigkeit ("lebend") zu veräußern. Eine uneingeschränkte Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen hätte jedoch zur Folge, daß Konkursverwalter - psychologisch gehemmt durch ihre persönliche Haftung ⁴⁾ - vorschnell zu einer Betriebsstillegung neigen, um den unzweifelhaft mit einer Betriebsfortführung verbundenen Haftungsrisiken ⁵⁾ zu entgehen.

-
- 1) Bei Unabwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen würde eine erhebliche Belastung der Masse durch längere Weiterzahlung von Lohn und Gehalt vermieden, vgl. Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 22.
 - 2) Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 22 m.w.N. Diese Feststellung wird auch dadurch unterstrichen, daß dem Bestandsschutz der Arbeitsplätze nach § 613 a uneingeschränkter Vorrang vor wirtschaftlichen Interessen anderer Gläubiger gebührt.
 - 3) Strittig ist das Problem einer Einschränkung des Kündigungsschutzes bei Betriebsstillegung durch den Konkursverwalter, German, S. 44 ff; Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 62; Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 24.
 - 4) § 82 KO
 - 5) Leichte Fahrlässigkeit (Böhle-Stamschräder, KO, § 82 Anm. 3) begründet bei Betriebsfortführung eine Haftung des Konkursverwalters bereits dann, wenn die infolge Fortführung des Geschäftsbetriebs neu einzugehende Verbindlichkeiten nicht voll befriedigt werden können, Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 82 Anm. 9. Gerade bei uneingeschränkter Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen entstehen jedoch für die Masse erhebliche Belastungen durch Weiterzah-

Hinzu kommt, daß die aus Gründen der Sozialstaatlichkeit extensiv angelegten Kündigungsschutznormen eine Verminderung des Personalbestands oftmals ganz unmöglich machen oder aber nur in einem - wirtschaftlich betrachtet - geringfügigen Ausmaß ermöglichen. Da jedoch potentielle Erwerber in Konkurs geratener Betriebe meist auf einer Personalverminderung bereits durch den Konkursverwalter ¹⁾ bestehen, erschweren die Kündigungsschutzbestimmungen Betriebsveräußerungen erheblich. Dem könnte wirksam dadurch begegnet werden, daß diese Interessenkollision verschiedener zum Schutz der Arbeitnehmer ergangener Gesetzesbestimmungen (§ 613 a einerseits, die diversen Kündigungsschutzbestimmungen andererseits) u.a. im Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung der Sozialwidrigkeit bzw. der betrieblichen Bedingtheit einer Kündigung (§ 1 KSchG) gelöst wird ²⁾, da die Gerichte hierbei die besonderen betrieblichen Erfordernisse einer Geschäftsübertragung im Konkurs berücksichtigen können ³⁾. In der Regel reicht bereits die Eröffnung eines Konkursverfahrens aus, um die betriebliche Bedingtheit einer ordentlichen Kündigung durch den Konkursverwalter zu bejahen ⁴⁾. Durch eine generell restriktive Handhabung der Kündigungsschutzbestimmungen können die Arbeitsgerichte dazu beitragen, daß Konkursverwalter bei

Fortsetzung von Fn. 5 von S. 82:

lung von Personalkosten (Masseschulden nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO), die aus dem Erlös der Geschäftstätigkeit i.d.R. kaum gedeckt werden können.

1) unten S. 86 ff.

2) ebenso Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 127.

3) Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 62. Vgl. auch Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 24 und ihm folgend German, S. 47/49.

Zu den besonderen Kündigungsschutzvorschriften für bestimmte Personengruppen ausführlich Jaeger/Lent, KO, § 22 Rdnr. 22 ff; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rdnr. 10 ff.

4) Ebenso Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 62; von Stebut, DB 1975, 2442.

einstweiliger Geschäftsfortführung in der Absicht anschließender Veräußerung unbedingt erforderliche Personalreduzierungen auch dann vornehmen können, wenn Kündigungsschutznormen entgegenstehen.

Die vorgenannte restriktive Handhabung der Kündigungsschutznormen muß infolge Kollision mit dem insoweit vorrangigen Bestandsschutzziel des § 613 a auch dann Platz greifen, wenn nach Beschlußfassung der Gläubigerversammlung (§ 132 Abs. 1 KO) über die Weiterführung des Betriebes Kündigungen im Hinblick auf eine spätere Betriebsveräußerung vorgenommen werden ¹⁾.

Bei beabsichtigter Stillegung und lediglich vorübergehender Weiterführung des Geschäftsbetriebes zur Quotenverbesserung durch den Konkursverwalter vor und nach Beschlußfassung durch die Gläubigerversammlung sind hingegen die Kündigungsschutzbestimmungen uneingeschränkt anwendbar, da insoweit dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer absoluter Vorrang vor den wirtschaftlichen Interessen der Gläubigersamtheit einzuräumen ist.

Gleiches gilt bei Kündigungen nach Betriebsinhaberwechsel durch den Erwerber, da dieser die auf ihn durch Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen zukommende finanzielle Mehrbelastung in seinen wirtschaftlichen Kalkulationen berücksichtigen und möglicherweise durch einen Abzug vom Kaufpreis ausgleichen kann.

III. Kündigung durch den in Konkurs geratenen Arbeitgeber

Mit Eröffnung des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner die Verwaltungs- sowie Verfügungs-

1) Zu den tatbestandlichen Voraussetzungen einer derartigen Kündigung vgl. unten S. 86 ff.

befugnis über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen, § 6 Abs. 1 KO. Tätigt er nach Konkurseröffnung trotzdem ein die Interessen der Konkursgläubiger berührendes Rechtsgeschäft, so tritt nach § 7 Abs. 1 KO Unwirksamkeit gegenüber jedermann ¹⁾ ein. Aus diesem Grund ist eine nach Konkurseröffnung ausgesprochene Kündigung durch den Gemeinschuldner als rechtsgeschäftliche, empfangsbedürftige Willenserklärung unwirksam ²⁾.

IV. Kündigung durch den Konkursverwalter anlässlich einer Betriebsübertragung

Mitentscheidend für die Ermöglichung einer Betriebsveräußerung im Konkurs ist oft, ob und inwieweit Konkursverwalter im Zusammenhang mit einem Betriebsinhaberwechsel Arbeitsverhältnisse lösen können, um den Personalbestand des Unternehmens auf ein wirtschaftlich vertretbares Maß zurückzuführen. Diese Frage soll im folgenden Abschnitt dogmatisch erörtert werden.

1) Das Kündigungsrecht gemäß § 22 KO

Die Kündigung nach § 22 KO wird auch als außerordentliche Kündigung bezeichnet, da sie das Vorliegen eines besonderen Kündigungsgrundes, des Konkurses, voraussetzt und eine etwaige vertraglich verlängerte Kündigungsfrist nicht eingehalten zu werden braucht ³⁾.

1) Str., wie hier Böhle-Stamschräder, KO, § 7 Anm. 34; Jaeger/Lent, KO, § 7 Anm. 8; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 7 Anm. 6.

A.A. Lent/Jauernig, § 40 III 2, unter Berufung auf den Wortlaut des § 7 Abs. 1 KO.

2) Jaeger/Lent, KO, § 7 Anm. 2

3) so Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 62 m.w.N.

Der Konkursverwalter kann nach § 22 Abs. 1 KO jedes im Geschäftsbetrieb des Gemeinschuldners zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits angetretene Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist sowie unter Beachtung der Kündigungsschutzbestimmungen lösen ¹⁾. Dabei unterliegt die Ausübung dieses Kündigungsrechts keinen zeitlichen Beschränkungen ²⁾. Wegen der insoweit vorrangigen Spezialregelung des § 22 KO kann § 613 a Abs. 4 neben § 22 KO nicht zur Anwendung kommen ³⁾.

a) Kündigung auf Verlangen des Erwerbers

Ungeklärt ist bislang, ob der Konkursverwalter auf Verlangen eines Kaufinteressenten einzelnen Arbeitnehmern vor dem Betriebsübergang kündigen und somit diesbezüglich die Rechtsfolgen des § 613 a ausschließen kann. Praktische Bedeutung erlangt diese Frage insbesondere dann, wenn der Erwerber die Übernahme von einer Personalvereinbarung hinsichtlich bestimmter Arbeitnehmer, i.d.R. handelt es sich hierbei vor allem um leitende Angestellte ⁴⁾, an deren Übernahme potentielle Erwerber - zumal im Konkurs - nicht interessiert sind, abhängig macht.

Die h.M. im Schrifttum verneint grundsätzlich ein solches Kündigungsrecht, ohne allerdings auf die be-

1) Beachte jedoch § 22 Abs. 2 KO. Auch nach Kündigung bleiben Wettbewerbsverbote bei Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter bestehen, Jaeger/Lent, KO, § 22 Anm. 20; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rdnr. 26.

2) A.A. Gagel/Jülicher, AFG, Rdnr. 22 vor § 141 a.

3) Vgl. oben S. 52.

4) Nach h.M., u.a. BAG AP Nr. 11 zu § 613 a; Becker-Schaffner, BStSozArbR 1975, 305, 306; Schaub, Münch.Komm., Ergänzungslieferung, § 613 a Rdnr. 65, bezieht § 613 a auch leitende Angestellte in seinen Geltungsbereich ein.

A.A. Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 613 a. Das Kündigungsrecht nach § 22 Ko bezieht sich auch auf diesen Personenkreis, vgl. Wichmann, S. 31 m.w.N.

sondere Situation im Konkurs näher einzugehen ¹⁾). Nach Posth ²⁾ sind betriebsbedingte Kündigungen, die auf Verlangen des Erwerbers ausgesprochen werden, wegen § 613 a ausgeschlossen, wenn sie in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem Betriebsübergang gesehen werden müssen. Posth ³⁾ wendet diesen Grundsatz auch dann an, wenn der Betrieb nicht mehr auf andere Weise saniert und aufrechterhalten werden kann. Seiter ⁴⁾ geht davon aus, daß eine derartige Kündigung sozial nicht gerechtfertigt und damit unwirksam sei, da der Betriebserwerber auf diesem Umweg ein de-facto-Ablehnungsrecht hinsichtlich einzelner Arbeitnehmer ausüben und die gesetzliche Regelung des § 613 a unterlaufen könne.

Diese auf den ersten Blick einleuchtend erscheinende Argumentation kann jedoch bei teleologischer Anwendung des § 613 a im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung durch den Konkursverwalter nicht durchgreifen. Eine Kündigung aus betrieblichen Gründen kann der Konkursverwalter nur dann aussprechen, wenn dies

-
- 1) Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305, 307; wohl auch Borngräber, S. 69/70; Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 667; Posth, S. 109 ff; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 a aa. Vor Inkrafttreten des § 613 a bejahte hingegen eine Mehrheit im Schrifttum unter diesen Voraussetzungen die Betriebsbedingtheit einer Kündigung des Veräußerers, vgl. Seiter, a.a.O., B V 1 a aa m.w.N.
 - 2) S. 113. Posth erkennt, daß eine Kündigung "wegen eines Betriebsübergangs" nicht einen eigenen Unwirksamkeitsgrund (nunmehr nach § 613 a Abs. 4) darstellt, sondern daß die Grundgedanken des § 613 a Abs. 4 lediglich im Rahmen der Prüfung einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 KSchG zum Tragen kommen. Andernfalls würde § 613 a Abs. 4 zu einem in keiner Weise gerechtfertigten absoluten Bestandschutz von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergängen führen, vgl. Hutzler, BB 1981, 1470, 1471.
 - 3) S. 123
 - 4) a.a.O., B V 1 a aa und ihm folgend Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305, 307. So grundsätzlich auch Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 667 und Posth, S. 117.

im Interesse des Betriebes zwingend notwendig ist und eine weniger einschneidende Maßnahme keinen Erfolg verspricht. Bei der im Rahmen des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG stets gebotenen umfassenden Interessenabwägungen zwischen den Interessen des Betriebes sowie denjenigen der betroffenen Arbeitnehmer ¹⁾ muß der Konkursverwalter die konkursspezifischen Besonderheiten ins Kalkül einbeziehen. Die Möglichkeit einer Betriebsveräußerung stellt hier eine Ausnahme dar. In diesen zahlenmäßig geringen Fällen ²⁾ hat der Konkursverwalter zumeist lediglich einen Kaufinteressenten, der zwangsläufig auf die einzelnen Vertragsbedingungen maßgeblichen Einfluß nehmen und eine unnachgiebige Verhandlungsposition beziehen kann. Hätte hierbei der Konkursverwalter keine Möglichkeit, der Forderung des (oder der) Kaufinteressenten auf Entfernung bestimmter Arbeitnehmer entgegenzukommen, so würde i.d.R. die Veräußerung scheitern. Das Ergebnis wäre paradox: Einerseits würde zwar eine Umgehung der Übernahmepflicht nach § 613 a ausgeschlossen und damit - vordergründig - der Schutzzweck des § 613 a gewahrt, andererseits verlören auf diese Weise alle Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz, da der Konkursverwalter nach dem Scheitern seiner Veräußerungsbemühungen in aller Regel den Betrieb sofort stilllegen wird.

Aufgrund des von § 613 a primär intendierten Bestandsschutzes von Arbeitsplätzen muß der gesetzliche Ausschluß des Ablehnungsrechts durch den Erwerber dort eine natürliche Grenze finden, wo er den Bestand aller Arbeitsplätze eines Betriebes gefährdet. Die teleologische Anwendung des § 613 a auf die vorgenannte Fallkonstruktion erfordert somit eine restriktive Interpretation des Ablehnungsrechts im Konkurs. Hängt

1) Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 103.

2) Vgl. Anlage 1, S. 160

demzufolge der Betriebsübergang aufgrund Verlangen des Kaufinteressenten allein noch von der vorherigen Kündigung einzelner Arbeitnehmer ab, muß ein Kündigungsrecht des Konkursverwalters nach §§ 22 KO, 1 KSchG bejaht werden. Dem vom Gesetzgeber ersichtlich Priorität eingeräumten Bestandsschutz der Arbeitsplätze beim Betriebsübergang kann durch die Kündigung der vom Erwerber bezeichneten Arbeitnehmer am ehesten entsprochen werden, da hierdurch die Kontinuität des Betriebs und damit auch die Arbeitsplätze - zumindest - des überwiegenden Teils der Belegschaft gewahrt bleiben.

Dieses Abwägungsergebnis ist auch aus arbeitsmarktpolitischen Erwägungen wünschenswert und benachteiligt zudem die von der Übernahme ausgeschlossenen Arbeitnehmer nicht unangemessen, da sie bei einem Scheitern der Verkaufsbemühungen ohnehin ihren Arbeitsplatz verlieren würden. Im Interesse des Erhalts eines überwiegenden Teils der Arbeitsplätze muß dabei in Kauf genommen werden, daß der Erwerber ein de-facto-Ablehnungsrecht gegenüber einzelnen Arbeitnehmern ausüben kann. Der Konkursverwalter hat hierbei jedoch den sozialen Auswirkungen der Kündigung im Rahmen der Grundsätze der sozialen Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) Rechnung zu tragen.

Einschränkend ist allerdings zu fordern, daß der wesentliche Teil der Belegschaft mitübernommen wird und sich die Kündigung nur auf einzelne Arbeitnehmer bezieht. Zudem muß die bevorstehende Betriebsübernahme rechtlich hinreichend abgesichert sein. Hierbei wäre insbesondere an einen Vorvertrag oder an ein verbindliches, hinreichend konkretisiertes Kaufvertragsangebot durch den Erwerber zu denken. Die rechtsverbindliche Absicherung des Übernahmevertrages ist gleichzeitig für den Konkursverwalter ein praktika-

bler Anhaltspunkt dafür, wann er in einem von Betroffenen angestregten Kündigungsschutzprozeß erfolgreich bleibt.

Im Ergebnis kann somit der Konkursverwalter einzelnen Arbeitnehmern auf Verlangen des Erwerbers unter den o.g. Voraussetzungen kündigen ¹⁾.

b) Kündigungen im Hinblick auf geplante Betriebsänderungen des Erwerbers

Problematisch erscheint, ob der Konkursverwalter eine betriebsbedingte Kündigung mit der Begründung aussprechen kann, der Betriebserwerber plane Betriebsänderungen.

Nach Ansicht des BAG ist eine Kündigung aus betrieblichen Gründen bereits dann möglich, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung eine vernünftige und wirtschaftliche Betrachtung die Beurteilung

1) So grundsätzlich auch Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 45 sowie Ergänzungslieferung hierzu, Rdnr. 63, der eine Kündigung dann zuläßt, wenn die Betriebsübertragung allein noch von der vorherigen Kündigung bestimmter Arbeitnehmer abhängt und sachliche Gründe dafür sprechen, daß nicht die gesamte Belegschaft übernommen wird. Letzteres ist jedoch als Abgrenzungskriterium unpraktikabel, da kaum nachvollziehbar. Von Seiten des Erwerbers werden sachliche Gründe, z.B. Personalbereinigung bei Überbesetzung, fehlende Vertrauensbasis zu leitenden Angestellten eines in Konkurs geratenen Betriebs, ohnehin vorliegen, da i.d.R. auf die Übernahme einer eingearbeiteten Belegschaft großer Wert gelegt wird. Sinnvoller erscheint es daher, auf dieses Abgrenzungskriterium gänzlich zu verzichten. Vgl. auch Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 113 a, der eine derartige Kündigung grundsätzlich ablehnt. Anders sei zu entscheiden, wenn der Betriebsübergang rechtlich fixiert sei und feststehe, daß der Erwerber bestimmte betriebliche Maßnahmen durchführen wird. Vgl. unten S. 91 f. Inwieweit die hier aufgestellten Überlegungen auch außerhalb des Konkurses Anwendung finden, bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung.

ergibt, daß der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entbehrt werden muß ¹⁾. Betriebliche Gründe sind hiernach aber nur dann zu bejahen, wenn sie nicht in weiter Zukunft liegen, sondern bereits greifbare Formen angenommen haben.

Diese Grundsätze sind auch auf Betriebsübertragungen durch den Konkursverwalter entsprechend anwendbar ²⁾. § 613 a soll nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich den Bestand der Arbeitsplätze beim Betriebsübergang sichern, nicht aber die für eine Betriebsfortführung unabdingbare Rationalisierung insolventer Betriebe verhindern. Das der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zugrunde liegende Kündigungsrecht aus betrieblichen Gründen, z.B. Rationalisierung, muß auch bei einer vom Konkursverwalter geplanten Veräußerung zum Tragen kommen, da man andernfalls in § 613 a einen über den Bestandsschutz anlässlich des Inhaberwechsels hinausgehenden Kündigungsschutz hineininterpretieren würde ³⁾. Kündigungsgrund ist in einem solchen Fall nicht der Betriebsübergang, sondern die geplante Rationalisierung des Erwerbers.

Aufgrund der personenrechtlichen Verschiedenheit von Kündigendem (Konkursverwalter) und dem die Rationalisierungsmaßnahmen durchführenden Erwerber muß die bevorstehende Betriebsübernahme rechtlich hinreichend abgesichert sein ⁴⁾. Zudem ist erforderlich,

1) BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 - Betriebsbedingte Kündigung -. Diesem Urteil lag allerdings keine Betriebsübertragung zugrunde.

2) Die allgemeine Anwendbarkeit dieser Grundsätze bejahen, ohne auf die besondere Situation im Konkurs einzugehen, Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305, 307; Borngräber, S. 70; Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 666; Schaub, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S. 77; ders. Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 63 f. (Ergänzungslieferung); Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 a bb.
A.A. ArbG Wiesbaden, DB 1979, 1607, 1608; Posth, S. 109 ff.

daß die geplanten Betriebsänderungen konkretisiert sind ¹⁾ und eine wirtschaftlich vernünftige Prognose über die bevorstehende Entbehrlichkeit von Arbeitnehmern nach dem Betriebsübergang ermöglichen ²⁾, um bereits bei Ausspruch der Kündigung eine Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit den Kündigungsschutzbestimmungen (u.a. Grundsatz der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG) durchführen zu können.

Bei umfangreichen betrieblichen Sanierungsmaßnahmen, die als Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG anzusehen sind, kann sich die Entlassung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern wegen des Verfahrens nach § 112 BetrVG (Interessenausgleich, Sozialplan) für die Konkursmasse sehr nachteilig auswirken ³⁾. Es bedarf hier im Einzelfall einer genauen wirtschaftlichen Kalkulation des Konkursverwalters, ob die Veräußerung unter diesen Voraussetzungen zu einem Mehrerlös für die Masse führt ⁴⁾.

Fn. 3) und 4) von S. 91:

3) So auch Borngräber, S. 70. Die gegenteilige Auffassung würde zu einer Überspannung des Schutzes der Arbeitnehmer vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen führen und gleichzeitig die unternehmerische Dispositionsfreiheit unzulässig einengen.

4) Vgl. hierzu oben S. 89, soweit Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 a bb und ihm folgend Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305, 307.

1) Ebenso Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 a bb; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 305, 307.

2) Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 667.

3) Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 a bb. Ansprüche aus Sozialplan führen als bevorrechtigte Konkursforderung mit dem Rang vor § 61 Nr. 1 KO zu einer erheblichen finanziellen Belastung und Auszehrung der Masse, vgl. unten S.

4) Von Stebut, DB 1975, 2438, 2442.

- c) Übergang zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits gekündigter, jedoch noch nicht beendeter Arbeitsverhältnisse

Auch die zum Zeitpunkt des Übergangs von einer Seite ¹⁾ gekündigten Arbeitsverhältnisse, bei denen die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen ist, werden vom Arbeitgeberwechsel erfaßt ²⁾.

Problematisch ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob diese Kündigungen auch dem Erwerber gegenüber uneingeschränkt wirksam sind bzw. ob die Kündigungsfristen vom Zeitpunkt des Betriebsübergangs an erneut zu laufen beginnen oder gar vom Erwerber eine erneute Kündigung ausgesprochen werden muß.

Der gesetzliche Vertragspartnerwechsel hat - entgegen dem Wortlaut des § 613 a - nicht nur den Eintritt des Erwerbers in einzelne Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses, sondern vielmehr einen solchen in die gesamte Vertragsstellung des bisherigen Arbeitgebers zur Folge. Da somit § 613 a ausschließlich eine rechtsgeschäftliche Auswechslung des Arbeitsvertragspartners auf Arbeitgeberseite unter Beibehaltung der arbeitsvertraglichen Hülle ³⁾ nor-

1) Die hier folgenden Grundsätze finden nicht nur auf die Kündigung des Konkursverwalters, sondern auch auf solche des Arbeitnehmers und des in Konkurs geratenen Betriebsinhabers Anwendung, bei letzterem jedoch nur, wenn sie vor Konkurseröffnung ausgesprochen wurden, vgl. oben S. 84 f.

2) Ganz h.M., BAG AP Nr. 11 zu § 613 a mit zustimmender Anm. Küchenhoff (Bl. 750); ArbG Wiesbaden, DB 1979, 1607, 1608.

3) Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B III 2 a; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 39. Das BAG, AP Nr. 4 zu § 613 a (Bl. 743) stellte fest, der Betriebserwerber "trete in jeder Hinsicht in die Rechtsstellung des früheren Betriebsinhaber ein". Vgl. oben S. 22.

miert, hat der Betriebsinhaberwechsel auf den weiteren Ablauf von Kündigungsfristen keinen Einfluß. Der Betriebserwerber tritt vielmehr ohne jede Abstriche in die arbeitsrechtliche Position des vormaligen Arbeitgebers so ein, wie diese zum Zeitpunkt des Übergangs ausgestaltet war. Das Erfordernis einer erneuten Kündigung durch den Erwerber bzw. der nochmalige Beginn der Kündigungsfrist scheiden damit aus.

d) Kündigung bei Widerspruch des Arbeitnehmers

Nach Betriebsübergang kann sich für den Konkursverwalter ein Kündigungsrecht nach § 22 KO dann eröffnen, wenn ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber widersprochen hat.

Der Konkursverwalter kann zwar - aufgrund der entgegenstehenden Regelung des § 613 a Abs. 4 - nicht den Betriebsübergang als solchen als Kündigungsgrund benennen, bei Übertragung eines gesamten Betriebs sind jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung (§§ 1 KSchG, 613 a Abs. 4 S. 2) uneingeschränkt gegeben, da der Konkursverwalter hier keinerlei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den widersprechenden Arbeitnehmer hat ¹⁾. Eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG entfällt, da die Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder nach § 613 a Abs. 1 S. 1 übergehen ²⁾.

Anders die Situation bei Übertragung lediglich eines Betriebsteiles: Hier ist die Weiterbeschäftigung des widersprechenden Arbeitnehmers in dem bei der Kon-

1) Hutzler, BB 1981, 1470, 1471

2) Schaub, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S. 78; ders. Münch.Komm., § 613 a RdNr. 70 (Ergänzungslieferung).

kursmasse verbleibenden Betriebsrest nicht von vorneherein ausgeschlossen ¹⁾. Sofern eine Reduzierung des Personalbestands der nicht übernommenen Arbeitnehmer geboten ist, muß der Konkursverwalter bei der Wahl eines Kündigungsadressaten zwischen dem widersprechenden Arbeitnehmer und den in dem nicht veräußerten Betriebsteil tätigen Arbeitnehmern strikt die Grundsätze der sozialen Auswahl beachten, ohne hierbei der Widerspruchentscheidung eines Arbeitnehmers entscheidendes Gewicht beimessen zu können ²⁾.

2) Außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB

§ 22 KO schließt eine Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) nicht aus, die Konkurseröffnung selbst stellt jedoch keinen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung dar. Sie berechtigt nach § 22 KO nur zur Kündigung mit der gesetzlichen oder einer vertraglich vereinbarten kürzeren Frist und kann demzufolge nicht gleichzeitig als Kündigungsgrund für eine fristlose Entlassung dienen (argumentum e § 613 a Abs. 4) ³⁾.

Fraglich ist, ob der Konkursverwalter auf Verlangen des Erwerbers Arbeitnehmer fristlos nach § 626 BGB entlassen kann, um dadurch die personellen Dispositionsmöglichkeiten des Erwerbers zu vergrößern. Diese Frage wird insbesondere bei Arbeitsverhältnissen mit langen Kündigungsfristen, wie auch bei langfristigen und unkündbaren, d.h. nur aus wichtigem Grund kündbaren, Arbeitsverhältnissen bedeutsam ⁴⁾.

1) Hueck/Hueck, KSchG, § 1 Rdnr. 113 b.

2) vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 613 a (Bl. 867)

3) BAG NJW 1969, 525; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rdnr. 20 m.w.N.

Vgl. auch Hueck/Hueck, KSchG, § 15 Rdnr. 40.

4) Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 b.

In der Literatur ¹⁾ wird - gleichsam als ultima ratio - ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB dann bejaht, wenn der Betriebsübergang die einzige Möglichkeit ist, einen insolventen Betrieb aufrechtzuerhalten und der Erwerber die Übernahme von einer Personalvereinbarung abhängig macht.

Aufgrund des speziellen und umfassenden Rechts zu außerordentlicher Kündigung nach § 22 KO kann diese Ansicht im Konkurs keine Anwendung finden. Das Kündigungsrecht nach § 22 KO ermöglicht dem Konkursverwalter eine kurzfristige Beendigung auch solcher Arbeitsverträge, in denen die gesetzliche Kündigungsfrist vertraglich verlängert wurde, da in diesen Fällen der Kündigungsgrund der betrieblichen Bedingtheit i.S.d. § 1 KSchG vorliegt. Zudem kann auch dem in § 15 KSchG geschützten Personenkreis, z.B. Betriebsräten, nach §§ 22 KO, 15 KSchG gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB vorliegt. Ein solcher "wichtiger Kündigungsgrund" liegt ausnahmsweise und unter Zugrundelegung besonders strenger Maßstäbe dann vor, wenn die Kündigung gerade dieses Arbeitnehmers die einzige Möglichkeit ist, den Betrieb unter einem neuen Inhaber fortzusetzen ²⁾. Auch unter Berücksichtigung der Interessenlage unkündbarer Arbeitnehmer ist somit eine Kündigung aus wichtigem Grund nach §§ 22 KO, 15 KSchG zulässig, wenn andernfalls eine Zerschlagung des Betriebs und

1) Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 668; ders. BB 1971, 969, 971; Fuchs, S. 148 ff.
Zu den Besonderheiten bei leitenden Angestellten vgl. die Replik zu Neumann-Duesberg von Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 b. Diese Arbeitsverhältnisse kann der Konkursverwalter unter den oben genannten Voraussetzungen ordentlich kündigen und ohne Angabe von Gründen einen Auflösungsantrag nach § 10 KSchG stellen, Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 45.

damit verbunden der Verlust aller Arbeitsplätze droht ¹⁾.

Für eine fristlose Entlassung nach § 626 BGB aus den gleichen Gründen besteht daneben kein Raum.

Die gesetzliche Regelung der §§ 613 a, 22 KO zeigt, daß den Arbeitnehmern nach dem Willen des Gesetzgebers auch im Insolvenzfall als sozialer Mindestschutz die jeweilige gesetzliche Kündigungsfrist zusteht und zudem die wirtschaftlichen Interessen des jeweiligen Arbeitgebers nachrangig gegenüber diesem aus dem Sozialstaatsgedanken abgeleiteten Arbeitnehmerschutz sind. Für einen potentiellen Erwerber bedeutet die gesetzliche Kündigungsfrist nach § 22 KO keine unzumutbare Belastung, da in jedem Fall nach Ablauf dieser Frist die von ihm geforderte Personalreduzierung eintritt und er diese Tatsache in seinen Übernahmekalkulationen berücksichtigen kann. Die Einhaltung der ohnehin kurz bemessenen gesetzlichen Kündigungsfrist läßt somit eine Betriebsveränderung i.d.R. nicht scheitern, sondern wirkt sich allenfalls geringfügig erlösmindernd aus.

Bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nach § 22 KO ist somit dem jeweiligen Arbeitgeber, wie auch dem Konkursverwalter die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten. Eine außerordentliche Kündigung des Konkursverwalters auf Verlangen des Erwerbers nach § 626 BGB scheidet deshalb aus ²⁾.

Die gleichen Grundsätze gelten auch hinsichtlich der Kündigung aufgrund vertraglicher Gestaltung (ein-

Fn. 2) von S. 95:

2) Zu der erforderlichen Interessenabwägung vgl. oben S. 87 ff. Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 668; Zweifelnd Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B V 1 b. A.A. wohl Posth, S. 118 (zu § 626 BGB).

1) Vgl. oben S. 87 ff.

2) Hanau/Adomeit, H IV 5.

zel- oder tarifvertraglich) unkündbarer Arbeitnehmer, da auch diese Arbeitsverhältnisse vom Konkursverwalter nach § 22 KO gekündigt werden können.

Unberührt bleibt jedoch das Recht, aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden wichtigen Gründen außerordentlich zu kündigen¹⁾.

- 3) Beendigung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht angetretener Arbeitsverhältnisse nach § 17 KO

Aufgrund der rechtlichen Einordnung des § 613 a als Auswechslung eines Vertragspartners auf Arbeitgeberseite erfaßt der Inhaberwechsel auch Arbeitsverhältnisse, die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch nicht angetreten sind, da auch hier der Erwerber in die bereits bestehenden Arbeitsverträge eintritt.

Problematisch ist, ob und wie der Konkursverwalter in Bezug auf diesen Personenkreis die im Hinblick auf eine beabsichtigte Betriebsveräußerung notwendige Personalbereinigung durchführen kann.

Grundsätzlich kann er bei zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht angetretenen Arbeitsverhältnissen wahlweise nach § 17 KO die Erfüllung des Vertrages verlangen oder sie ablehnen (Ausnahme § 23 Abs. 2 KO). Ein Recht zur Kündigung nach § 22 KO besteht nicht, da sich § 22 KO - nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut - nur auf bereits ange-

1) eingehend hierzu Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 22 Rdnr. 20.

tretenen Arbeitsverhältnisse bezieht ¹⁾.

Diesen Grundsätzen kann jedoch nicht ohne Einschränkung gefolgt werden, da sie zu untragbaren Ergebnissen führen, wenn ein Arbeitnehmer nach Konkurs-eröffnung, aufgrund eines noch mit dem in Konkurs geratenen Gemeinschuldner geschlossenen Arbeitsvertrages, seine Dienste angetreten hat und die Beendigungserklärung (= Erfüllungsverweigerung nach § 17 KO) des Konkursverwalters erst danach erfolgt. Bei Anwendung des § 17 KO auf den vorgenannten Fall wären die betroffenen Arbeitnehmer in unzumutbarer Weise jeden sozialen Schutzes beraubt. Sie könnten durch die im Ermessen des Konkursverwalters stehende Erfüllungsverweigerung von heute auf morgen auf die Straße gesetzt werden, obwohl sie sich - durch den Antritt der neuen Stellung - persönlich auf die neue Umgebung eingestellt und zum Teil finanzielle Opfer (z.B. umzugsbedingt) auf sich genommen haben. Die Anwendung des § 17 KO würde für diese Arbeitnehmer eine unbillige Härte darstellen, da sie ohne jeden Kündigungsschutz ausgestellt werden könnten, obwohl eigentlich der Gleichbehandlungsgrundsatz erfordern würde, auch ihnen, da sie sich in einer mit den übrigen Arbeitnehmern durchaus vergleichbaren Lage befinden, den gesetzlichen Mindestschutz des § 22 KO zukommen zu lassen. Eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung zwischen Arbeitnehmern mit längerer Betriebszugehörigkeit und den die Stellung erst nach Konkurseröffnung antretenden Arbeitnehmern kann vielmehr ausschließlich im Rahmen der §§ 22 KO,

1) So ohne jede weitere Einschränkung Böhle-Stam-schräder, KO, § 22 Anm. 6; German, S. 50/51; Jaeger/Lent, KO, § 22 Rdnr. 9.
Diese Autoren machen zudem die Anwendbarkeit des § 22 KO davon abhängig, daß das Arbeitsverhältnis "zur Zeit der Konkurseröffnung begründet und angetreten" (Jaeger/Lent, a.a.O.) ist.
Demzufolge wäre § 22 KO auf den im folgenden oben skizzierten Fall nicht anwendbar.

1 Abs. 1 KSchG vorgenommen werden ¹⁾.

Ein befriedigender Interessenausgleich zwischen einerseits den Interessen des Konkursverwalters und des Erwerbers an einer baldigen Vertragsauflösung und andererseits dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer kann hier nur durch eine Anwendung des § 22 KO erreicht werden, der einerseits den Arbeitnehmern den Schutz der gesetzlichen Kündigungsfrist sichert, andererseits dem Konkursverwalter die Möglichkeit einer wirtschaftlich vertretbaren Vertragsauflösung nicht verschließt. Entscheidendes Kriterium für die Anwendung des § 22 KO kann damit aber nicht sein, daß das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung ²⁾, sondern daß es im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits angetreten war. Dieses Ergebnis kann durch eine Auslegung des § 22 KO dergestalt erreicht werden, daß diese Norm - als dem § 17 KO grundsätzlich vorgehende Spezialregelung - auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist, die zur Zeit der Konkurseröffnung begründet und zum Zeitpunkt der Kündigung angetreten sind.

Gleichwohl wird an dieser Stelle nicht verkannt, daß diese einschränkende Interpretation der h.M. nur in wenigen Fällen notwendig wird, da der Konkursverwalter in den weitaus meisten Fällen bereits vor Arbeitsaufnahme die Erfüllung verweigern wird (§ 17 KO).

1) Zur Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen oben S. 81 ff.

2) so aber die h.M., vgl. oben S. 99 Fn. 1.

V. Kündigung durch den Betriebserwerber

1) Ordentliche Kündigung

Hat der Erwerber den Betrieb vom Konkursverwalter übernommen, kann er unter Beachtung des gesetzlichen Kündigungsschutzes betriebsbedingte Kündigungen zum Zwecke der Rationalisierung und Sanierung aussprechen ¹⁾. § 613 a Abs. 4 findet dabei Anwendung.

Ein Problem wirft allerdings die Frage auf, ob er zur Begründung einer Kündigung verhaltensbedingte Gründe anführen kann, die bereits unter dem vormaligen Arbeitgeber bzw. dem Konkursverwalter verwirklicht wurden.

Da der Arbeitsvertrag als solcher und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang bestehen bleiben und § 613 a darüber hinaus keine weitere Privilegierung der Arbeitnehmer anlässlich des Inhaberwechsels bezweckt, wird man grundsätzlich der Argumentation Posths ²⁾ folgen müssen, wonach der neue Betriebsinhaber eine Kündigung auf bei seinem Rechtsvorgänger bzw. dem Konkursverwalter gesetzte, verhaltensbedingte Kündigungsgründe stützen kann. Durch eine widerspruchslose rechtsgeschäftliche Arbeitsvertragsübernahme verwirkt der Betriebsnachfolger jedoch das Recht, Vorkommnisse zwischen Arbeitnehmer und früherem Arbeitgeber als Gründe für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verwerten, wenn ihm diese Tatsachen bei Fortsetzung des Arbeits-

1) Neumann-Duesberg, NJW 1972, 665, 667; Hutzler, BB 1981, 1470, 1471; von Stebut, DB 1975, 2438, 2443; Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 46.

2) a.a.O., S. 120.
Zweifelnd Derleder, AuR 1976, 129, 134, Fn. 52;
Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B VII 3.

verhältnisses bekannt sind ¹⁾. Eine Kündigung des Erwerbers setzt weiter voraus, daß sie in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit den zu ihrer Begründung angeführten, beim Rechtsvorgänger gesetzten Tatsachen steht und der Arbeitnehmer nicht darauf vertrauen konnte, diese Gründe würden nicht mehr geltend gemacht. Mit Krejci ²⁾ muß jedoch dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Verfehlungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebsvorgänger keine Belastung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Erwerber bedeuten.

2) Außerordentliche Kündigung

Nach Betriebsübergang steht dem Erwerber das Recht zu außerordentlicher Kündigung nach § 626 BGB grundsätzlich zu. Er hat allerdings § 626 Abs. 2 BGB zu beachten und muß sich hinsichtlich des Fristablaufs eine etwaige Kenntnis des Konkursverwalters ³⁾ anrechnen lassen ⁴⁾. Der Betriebsübergang als solcher ist dabei kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB (§ 613 a Abs. 4) ⁵⁾.

Praktische Bedeutung erlangt insbesondere die Frage, unter welchen Umständen der Erwerber die auf ihn übergeleiteten Dienstverhältnisse leitender Angestellter nach § 626 BGB außerordentlich kündigen kann.

Gerade bei Übernahme eines Betriebes von Konkursverwalter haben Erwerber häufig - sei es persönlichkeits- oder konkursbedingt - kein Vertrauen zu lei-

1) vgl. Krejci, S. 165 und ihm folgend Herschel, ZfA 1977, 229.

2) a.a.O., S. 165, in Anlehnung an eine - nicht näher zitierte - Entscheidung des LG Klagenfurt.

3) Auf eine Kenntnis des früheren Inhabers kommt es in aller Regel nicht an, da zwischen Konkurseröffnung und Betriebsübernahme durch den Erwerber meist mehr als zwei Wochen liegen.

4) Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B VII 3.

5) vgl. oben S. 52.

tenden Angestellten der von ihnen übernommenen Betriebe, da diese Personengruppe aufgrund ihrer betriebstragenden, führenden Position als i.d.R. mitverantwortlich für die Insolvenz angesehen wird. Die Fortsetzung des Dienstverhältnisses kann für den neuen Arbeitgeber u.a. dann unzumutbar sein, wenn es sich um einen leitenden Angestellten handelt, der aufgrund von ihm getroffener falscher Rationalisierungs- bzw. Investitionsentscheidungen die Insolvenz des Betriebs maßgeblich mitverursacht hat. Gleiches gilt, wenn die unterschiedlichen Persönlichkeitsstrukturen von leitendem Angestellten und Erwerber eine gedeihliche und vertrauensvolle Zusammenarbeit unmöglich machen ¹⁾. In diesen Fällen steht dem Erwerber ein Kündigungsrecht nach § 626 BGB nicht aufgrund des Betriebsübergangs, sondern aufgrund seines mangelnden Vertrauens zu, wobei der Erwerber im Einzelfall genau nachweisen muß, warum für ihn eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist ²⁾. Aufgrund der Präklusionswirkung des § 626 Abs. 2 BGB wird dieses Kündigungsrecht jedoch nur sehr restriktiv angewendet werden können.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn leitende Angestellte erst kurz vor Konkurseröffnung eingestellt wurden, um den bereits maroden Betrieb zu sanieren. Hier ist die Zumutbarkeitsschwelle für den Erwerber zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erheblich höher anzusetzen, da der leitende Angestellte für die Mißwirtschaft der Vergangenheit kaum verantwortlich gemacht werden kann. In jedem Fall sind jedoch die Umstände des Einzelfalles (u.a. Aufgabenbereich, Kompetenzen, Betriebszugehörigkeit) dafür maßgeblich,

1) Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 613 a

2) Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 4 d.

ob dem Erwerber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist - zugemutet werden kann.

Eine fristlose Kündigung kann jedoch nicht deshalb aus Unzumutbarkeitserwägungen gerechtfertigt werden, weil der Erwerber leitende Positionen des übertragenen Betriebes mit eigenen Angestellten besetzen will oder diese Aufgabenbereiche von seinen eigenen leitenden Angestellten zusätzlich übernommen werden sollen und er deshalb "keinen Raum mehr für fremde ... Vertrauenspersonen" ¹⁾ hat. Die Auffassung Küchenhoffs würde de facto zu einer sachlich durch nichts gerechtfertigten Aufweichung des Arbeitsplatzschutzes des § 613 a führen, obwohl der Erwerber eine ihm mißliebige Übernahme leitender Angestellter rechtzeitig in seinen wirtschaftlichen Kalkulationen berücksichtigen kann.

VI. Die Kündigung durch den Arbeitnehmer

1) Kündigung nach § 22 KO

Arbeitnehmer, die im Augenblick der Kündigung ihr Arbeitsverhältnis bereits angetreten haben ²⁾, können nach Konkurseröffnung außerordentlich gegenüber dem Konkursverwalter unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen (§ 22 KO), ohne hierbei spezielle Gründe anführen zu müssen. Diese Kündigungsmöglichkeit besteht längstens bis zum Zeitpunkt der Betriebsübertragung durch den Konkursverwalter.

1) so Küchenhoff, Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 613 a (Bl. 749)

2) vgl. zu dem nach § 22 KO maßgeblichen Zeitpunkt oben S. 100.

2) Kündigung noch nicht angetretener Arbeitsverhältnisse

Während der Konkursverwalter bei zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht angetretenen Arbeitsverhältnissen nach § 17 KO die Wahl hat, Erfüllung zu verlangen oder sie abzulehnen, bleibt der Arbeitnehmer an den einmal geschlossenen Arbeitsvertrag gebunden. Gleichwohl muß man dem betroffenen Arbeitnehmer dann ein Recht zu einseitiger fristloser Vertragsauflösung nach § 626 BGB einräumen, wenn er seine Dienst erst nach Konkursöffnung anzutreten hat und bei Vertragsabschluß von der bevorstehenden Illiquidität des Betriebes keine Kenntnis hatte ¹⁾.

Die Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses erst nach Konkursöffnung kann sich für den Arbeitnehmer als unzumutbar erweisen. Er muß damit rechnen, daß sowohl Konkursverwalter wie - bei bevorstehender Betriebsübernahme - Betriebserwerber kaum Interesse gerade an seiner Arbeitskraft haben, da er i.d.R. nicht eingestellt ist. Bei der bei Betriebsübertragung im Konkurs zu erwartenden Personalausdünnung aufgrund von Rationalisierungsmaßnahmen hat er damit zu rechnen, daß man ihm als erstem kündigt, da er dem Kündigungsschutz nicht unterliegt (§ 1 Abs. 1 KSchG). Die Arbeitsaufnahme hat somit für diesen Personenkreis angesichts des wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Betriebes keine berufliche Perspektive, da er erwarten muß,

1) Ebenso German, S 54 f. Einschränkung Jaeger, KO, 7. Aufl., § 22 Rdnr. 9.

A.A. Hueck/Nipperdey, § 61 I (weitere Nachweise bei German, S. 51 Fn. 2, 3). Sie räumen dem betroffenen Arbeitnehmer in diesem Fall ein Kündigungsrecht nach § 22 KO mit der Begründung ein, wenn er sogar ein schon angetretenes Arbeitsverhältnis kündigen könne, so müsse er auch bereits vor Dienstantritt kündigen können.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch der insoweit eindeutige Wortlaut des § 22 KO, der noch nicht angetretene Arbeitsverhältnisse von seinem Anwendungsbereich ausschließt.

nach kurzer Zeit, wenn nicht bereits bei Arbeitsantritt, gekündigt zu werden.

Da der Arbeitnehmer unter diesen Voraussetzungen kein Vertrauen in eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung ¹⁾ durch den Konkursverwalter bzw. einen Erwerber haben kann, würde es für ihn eine unzumutbare Härte darstellen, bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist die Arbeit in dem insolventen Betrieb aufzunehmen. Aus sozialen Erwägungen muß deshalb dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt werden, einen anderen Arbeitsplatz anzutreten, der berufliche Perspektive und soziale Absicherung verspricht.

Erkennt der Arbeitnehmer die "Konkursreife" seines Vertragspartners und schließt er trotzdem den Arbeitsvertrag ab, so kann ihm mangels besonderer Schutzbedürftigkeit kein außerordentliches Kündigungsrecht zugestanden werden. Aus diesem Grund muß somit ausschließlich dem Arbeitnehmer, dem bei Abschluß des Arbeitsvertrages die bevorstehende Insolvenz seines Arbeitgebers nicht bekannt war, ein Recht zu fristloser Kündigung nach § 626 BGB zugebilligt werden.

3) Kündigung gegenüber dem Betriebsnachfolger

Übt der Arbeitnehmer das ihm bei Betriebsinhaberwechsel zustehende Widerspruchsrecht nicht aus, sondern setzt er unverändert seine Arbeit fort, so erklärt er damit konkludent, daß eine Fortsetzung

1) Palandt/Putzo, § 613 a Anm. 4 d.

Die insolvenzrechtliche Absicherung des nach Konkursöffnung anfallenden Lohnes als Masseschuld (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 KO) muß dabei außer Betracht bleiben.

des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsnachfolger für ihn zumutbar sei ¹⁾. Er verwirkt in diesem Fall das Recht zu fristloser Kündigung, da der Erwerber aufgrund der fingierten Zustimmung des Arbeitnehmers darauf vertrauen konnte, daß das Arbeitsverhältnis mit ihm fortgesetzt werde ²⁾.

Das Recht zu ordentlicher Kündigung besteht demgegenüber unverändert fort.

4) Die vorkonkursliche Arbeitnehmerkündigung (Lemgoer Modell)

Ein Arbeitnehmer ist zur fristlosen Kündigung (§ 626 BGB) seines Arbeitsverhältnisses bereits vor Konkurseröffnung berechtigt, wenn er davon ausgehen muß, daß seine Lohnansprüche nicht mehr befriedigt werden bzw. wenn bereits ein erheblicher Lohnrückstand vorliegt ³⁾.

Das sog. "Lemgoer Modell" sieht eine Absprache zwischen Arbeitnehmer, Betriebsrat, Erwerber und ev. Sequester dergestalt vor, daß die Arbeitnehmer un-

1) Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 71, Ergänzungslieferung.

A.A. Posth, der ein außerordentliches Kündigungsrecht auch bei Nichtausübung des Widerspruchsrecht bejaht, wenn eine durch den bisherigen Arbeitgeber verursachte Störung des Vertrauensverhältnisses auch die persönlichen Beziehungen zur neuen Arbeitsvertragspartei von vorne herein belastet. Es ist dem Arbeitnehmer jedoch ohne weiteres möglich und zumutbar, dieser Tatsache bereits durch Ausübung seines Widerspruchsrechtes zu entsprechen.

2) A.A. jener Teil der Literatur, der ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ablehnt, vgl. m.w.N. Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 613 a

3) Dies wird inzwischen allgemein anerkannt, vgl. Stückemann, BB 1981, 1102, 1103; Palandt/Putzo, § 626 Anm. 6 a.

mittelbar vor Konkurseröffnung oder während des Konkursöffnungsverfahrens selbst fristlos kündigen und sich der Unternehmer im Gegenzug verpflichtet, sie nach Betriebsveräußerung wieder einzustellen ¹⁾. Auf diese Weise wird der Erwerber von den ungeliebten Risiken des § 613 a befreit ²⁾. Dieses Modell sei - so wird vorgetragen - für die Arbeitnehmer deshalb von Vorteil, weil sie einerseits durch das Konkursausfallgeld rückständige Lohnansprüche für die letzten 3 Monate vor Konkurseröffnung ersetzt bekommen und ihnen der ausstehende Jahresurlaub nebst anteiligem 13. Monatsgehalt ausgezahlt wird, andererseits ihr Arbeitsplatz erhalten bleibt. Würde demgegenüber die Veräußerung scheitern, so verlören sie ihren Arbeitsplatz und bekämen - insbesondere in massearmen Konkursen - auf dem Papier stehende Sozialplanansprüche ³⁾, die aufgrund ihrer Rangstellung vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO nie zur Befriedigung kämen, da die Konkursmasse kaum die Masseschulden, oftmals nur die Massekosten deckt.

Infolge der jüngeren Rechtsprechung des BAG zu § 613 a kann dem Lemgoer Modell jedoch keinerlei Bedeutung mehr zukommen ⁴⁾.

Durch die teleologische Reduktion des § 613 a im Bereich der Haftungsregelung wird beim Betriebsübergang im Konkurs bereits ein nahezu optimaler Bestandschutz der Arbeitsverhältnisse erreicht. Der bisherige

-
- 1) insbesondere Stückemann, BB 1977, 1711; ders. BB 1981, 1102, 1103.
Vgl. auch Henckel, ZIP 1980, 2, 4; Schaub, Münch. Komm., § 613 a Rdnr. 43.
Anders Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rdnr. 80 a unter Anerkennung des Lemgoer Modells.
- 2) Das Vorliegen einer Umgehung des § 613 a deutet Henckel, ZIP 1980, 2, 4, an.
- 3) Stückemann, BB 1981, 1102, 1103.
- 4) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a.

gen Befürchtung potentieller Übernehmer, nach § 613 a für rückständige Forderungen der Arbeitnehmer eintreten zu müssen, hat das BAG dadurch die Grundlage entzogen, daß ein Erwerber nur für nach dem Betriebsübergang entstehende Arbeitnehmerforderungen haftet.

Offen ließ das BAG nur, wie verfallbare Versorgungsanswartschaften insolvenzrechtlich gesichert werden ¹⁾. Aber auch hier führt die unten dargestellte ²⁾ differenzierende Lösung zu einem befriedigenden Schutz der Belegschaft, da die Arbeitnehmer im Falle einer fristlosen Kündigung ihre verfallbaren Versorgungsanswartschaften gänzlich verlieren würden.

Für eine fristlose Kündigung der Arbeitnehmer unter gleichzeitiger Übernahmevereinbarung mit dem Erwerber besteht somit angesichts der durch das BAG entschiedenen restriktiven Interpretation des § 613 a im Konkurs keine Notwendigkeit, da die Arbeitsverhältnisse vom Erwerber ohnehin übernommen werden müssen und für den Übernehmer nunmehr keinerlei Haftungsrisiko für vor dem Betriebsübergang entstandene Arbeitnehmeransprüche besteht. Im übrigen werden rückständige Lohnansprüche, anteiliges 13. Monatsgehalt ³⁾ für die letzten 3 Monate vor Konkurseröffnung sowie der ausstehende Jahresurlaub durch das Konkursausfallgeld voll befriedigt. Darüber hinaus werden i.d.R. ohnehin keine weiteren Lohnforderungen bestehen.

Die ursprüngliche Bedeutung des Lemgoer Modells, eine Umgehung der Haftung für Altverbindlichkeiten aus Arbeitsverhältnissen nach § 613 a Abs. 2 zu er-

1) Das BAG zeigte in der genannten Entscheidung die Alternativen auf, daß diese entweder vom Erwerber zu übernehmen oder in einem Sozialplan abzufinden seien.

2) Vgl. unten S. 146 ff.

3) Stüeckemann, BB 1981, 1102, 1103 m.w.N.

reichen, um ein Scheitern von Betriebsveräußerungen zu verhindern, ist somit durch die Rechtsprechung des BAG und ihre ergänzende Anwendung auf verfallbare Versorgungsanwartschaften als erledigt anzusehen.

VII. Zusammenfassung

1. Der Arbeitnehmer kann durch seinen Widerspruch den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber verhindern. Bei Übertragung eines gesamten Betriebes kann ihm der Konkursverwalter dann allerdings mangels Weiterbeschäftigungsmöglichkeit betriebsbedingt kündigen.
2. Die Konkurseröffnung als solche läßt den Bestand von Arbeitsverhältnissen unberührt.
3. Die Kündigungsschutzbestimmungen sind grundsätzlich auch bei Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter anwendbar. Die besonderen betrieblichen Erfordernisse einer Geschäftsübertragung im Konkurs sind dabei im Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung der "Sozialwidrigkeit" einer Kündigung zu berücksichtigen (§ 1 KSchG).
4. Eine nach Konkurseröffnung ausgesprochene Kündigung durch den Gemeinschuldner ist unwirksam.
5. Der Konkursverwalter kann - auf Verlangen des Erwerbers - einzelnen Arbeitnehmern nach §§ 22 KO, 1 KSchG kündigen, wenn der Betriebsübergang allein noch von der vorherigen Kündigung abhängt und die bevorstehende Betriebsübernahme rechtlich hinreichend abgesichert ist. Gleiches gilt für die Kündigung im Hinblick auf eine geplante betriebliche Rationalisierung des Erwerbers.
Ein Recht zu außerordentlicher Kündigung aus betrieblichen Gründen nach § 626 BGB besteht daneben nicht.

§ 22 KO ermöglicht dem Konkursverwalter, alle Arbeitsverhältnisse zu kündigen, die zur Zeit der Konkursöffnung begründet und zum Zeitpunkt der Kündigung angetreten sind. Soweit ein Arbeitsverhältnis vor Konkursöffnung begründet wurde, aber noch nicht angetreten ist, kann der Konkursverwalter die Erfüllung des Arbeitsvertrages verweigern (§ 17 KO).

6. Der Betriebserwerber kann nach Betriebsübergang eine Kündigung auch auf bei seinem Rechtsvorgänger gesetzte Tatsachen stützen, sofern er nicht in Kenntnis dieser Tatsachen den Arbeitsvertrag widerspruchslos übernimmt. Leitende Angestellte kann er nach § 626 BGB fristlos entlassen, wenn sie für die Insolvenz des Betriebes maßgeblich verantwortlich sind und aus diesem Grund eine vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht möglich ist.
7. Der Arbeitnehmer kann - neben seinem Kündigungsrecht nach § 22 KO - nach § 626 BGB fristlos kündigen, wenn er bei Vertragsschluß von der bevorstehenden Illiquidität des Betriebes keine Kenntnis hatte und seine Dienste erst nach Konkursöffnung anzutreten hat.
8. Auf den Ablauf von Kündigungsfristen hat der Betriebsübergang als solcher keinen Einfluß.
9. Aufgrund der Rechtsprechung des BAG hat das Lemgoer Modell seine Bedeutung als Umgehung des § 613 a verloren.

C) Zur Eintrittspflicht des Betriebserwerbers in Bezug auf Nachwirkungen der Arbeitsverhältnisse

I. Ruhestandsverhältnisse

Der Anwendungsbereich des § 613 a erstreckt sich nach seinem insoweit eindeutigen Wortlaut nicht auf Ruhestandsverhältnisse ¹⁾. Eine entsprechende Anwendung ist auch nicht durch Sinn und Zweck des § 613 a geboten, da die Pensionäre am eigentlichen Zweck des § 613 a, der Erhaltung von Arbeitsplätzen, nicht mehr interessiert sind ²⁾.

Im Insolvenzfall bezweckt das Betriebsrentengesetz (§ 7 ff BetrAVG) einen hinreichenden Schutz der Ruhegeldansprüche, indem es einen Haftungseintritt des von der Solidargemeinschaft der Arbeitgeber institutionalisierten Pensions-Sicherungs-Vereins (PSV) regelt (§ 7 Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Anhaltspunkte dafür, daß diese Einstandspflicht des PSV als Träger der Insolvenzsicherung keine endgültige sein soll, sind darüber hinaus nicht ersichtlich.

Eine Anwendung des § 613 a auf Ruhestandsverhältnisse würde zudem Betriebsveräußerungen im Konkurs nahezu unmöglich machen, da sich kaum ein Erwerber bereit fände, die meist relativ hohe finanzielle Belastung der Versorgungsansprüche bereits ausgeschiedener Arbeitnehmer zu übernehmen.

II. Wettbewerbsvereinbarungen

Wird das Konkursverfahren während der Laufzeit des Wettbewerbsverbots eröffnet, so hat der Konkurs-

1) h.M., BAG AP Nr. 6 zu § 613 a; LAG Düsseldorf, BB 1976, 1370; ausführlich Posth, S. 127 ff.

Eine Übersicht über den Meinungsstand in der Literatur gibt Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B IV 4 c bb.

2) so BAG a.a.O.

verwalter auch bezüglich der Wettbewerbsabreden das Wahlrecht nach § 17 KO ¹⁾:

- 1) Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so sieht die Konkursordnung für die Rückstände des Entschädigungsanspruchs einen hinreichenden Insolvenzschutz durch § 59 Abs. 1 Nr. 3 b KO (die Rückstände für die letzten 6 Monate vor Konkurseröffnung sind erstrangige Masseschulden) und § 61 Abs. 1 Nr. 1 b KO vor. Bei einer späteren Betriebsübertragung hat die Wettbewerbsvereinbarung keine Übernahmebelastung des Erwerbers zur Folge, da die Ausübung des Ablehnungsrechts durch den Konkursverwalter die gegenseitigen Erfüllungsansprüche mit Wirkung vom Konkursbeginn an zum Erlöschen bringt und an ihre Stelle eine einseitige Konkursforderung des Vertragspartners auf Schadenersatz tritt ²⁾.
- 2) Verlangt der Konkursverwalter für die Zeit nach Konkurseröffnung die Erfüllung eines noch laufenden Wettbewerbsverbots, so werden die hierfür anfallenden Karenzentschädigungsansprüche im Rang einer Masseschuld nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO befriedigt ³⁾. Bei einer später erfolgenden Betriebsübertragung gehen die zwischen dem in Konkurs geratenen Arbeitgeber und den im insolventen Betrieb aktiven Arbeitnehmern vereinbarten Wettbewerbsabreden auf den Erwerber nach § 613 a Abs. 1 S. 1 über, da sie Bestandteil des Arbeitsvertrages sind.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 59 Rdnr. 15 c;
LAG Hamm, DB 1974, 877.

2) Böhle-Stamschräder, KO § 17 Anm. 4 c m.w.N.

3) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 59 Rdnr. 9 und 15 c.

Problematisch ist jedoch, ob § 613 a auch auf Wettbewerbsabreden mit bereits zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs ausgeschiedenen Arbeitnehmern Anwendung finden kann. Das BAG hat diese Streitfrage bislang noch nicht entschieden.

Eine unmittelbare Anwendung scheidet aus, da es an einem bestehenden Arbeitsverhältnis fehlt. Ein Teil der Literatur bejaht eine analoge Anwendung des § 613 a Abs. 1 S. 1 mit der Begründung, es liege eine vom Gesetzgeber nicht bedachte Regelungslücke vor ¹⁾.

Diese Ansicht kann jedoch nicht überzeugen. Der im Vordergrund der gesetzlichen Regelung stehende Zweck, den Bestand von Arbeitsplätzen zu schützen, verbietet eine analoge Anwendung des § 613 a Abs. 1 S. 1 auf das durch die Wettbewerbsabrede begründete Rechtsverhältnis mit bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmern.

Diese haben - sofern sie sich nicht selbst in dem betreffenden Geschäftszweig betätigen wollen - ein Interesse daran, daß die Wettbewerbsabrede mit dem Erwerber fortgesetzt wird, um für die Zeit nach Betriebsübergang einen neuen, zahlungskräftigen Schuldner der Karenzentschädigung zu erhalten.

Gerade im Insolvenzfall entspricht es jedoch nicht der Regel, daß auch der Erwerber an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots interessiert ist, da die hierfür an die betroffenen Arbeitnehmer zu zahlende Karenzentschädigung oftmals außer Verhältnis zu dem noch vorhandenen realen Betriebswert bzw. der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des übertragenen Betriebs steht. Zudem kann es vorkommen, daß bei der

1) Schaub, Münch.Komm., § 613 a Rdnr. 7; ders. Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1980, S. 76; ders. Arbeitsrechtshandbuch, § 58 II 4; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B VII 2 c bb m.w.N.

nach einem Erwerb vom Konkursverwalter i.d.R. notwendigen personellen und organisatorischen Umstrukturierung des Betriebes bestimmte Produktionszweige, die sich als unrentabel erwiesen haben und für die Illiquidität des Betriebes mitverantwortlich waren, der Rationalisierung zum Opfer fallen. Wettbewerbsverbote, die im Hinblick auf diese Produktionszweige vereinbart wurden, sind somit für den Erwerber nicht von Interesse und würden lediglich eine finanzielle Belastung darstellen. Denkbar ist schließlich, daß der Erwerber eine völlig andere Geschäftspolitik verfolgt bzw. er die Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation durch die ausgeschiedenen Belegschaftsmitglieder qualitativ und quantitativ anders einschätzt als der in Konkurs geratene vormalige Betriebsinhaber und er aus diesem Grund auch die Höhe der Karenzentschädigung anders beurteilt ¹⁾. Der Erwerber hat somit im Konkurs regelmäßig großes Interesse daran, die Übernahme von Wettbewerbsvereinbarungen der freien rechtsgeschäftlichen Dispositionsfreiheit der Parteien zu unterwerfen ²⁾.

Eine analoge Anwendung des § 613 a wird der wechselseitigen Interessenlage nicht gerecht. Sie würde den eigentlichen Regelungszweck des § 613 a - einem umfassenden Bestandsschutz für bestehende Arbeitsverhältnisse - gefährden, wenn Kaufinteressenten aufgrund der von ihnen zu übernehmenden, künftigen Karenzentschädigungsverpflichtung vom Kauf absehen oder den Kaufpreis so erheblich zu mindern suchen, daß der

1) so Posth, S. 140

2) Dies entspricht dem Interesse des Konkursverwalters, wie dem der übrigen Konkursgläubiger, da bei einem lastenfreien Betriebsübergang i.d.R. ein höherer Kaufpreis erzielt werden kann.

Konkursverwalter aus wirtschaftlichen Gründen von einer Gesamtverwertung absieht und den Betrieb zu "Zerschlagungsteilwerten" veräußert.

Es muß somit der individuellen Einigung der Beteiligten vorbehalten bleiben, ob der Erwerber mit den ausgeschiedenen Arbeitnehmern vertraglich die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots gegen Zahlung einer - erneut im Rahmen der Vertragsverhandlungen auszuhandelnden - Karenzentschädigung vereinbart. Das Vorliegen einer Regelungslücke seitens des Gesetzgebers ist somit letztlich zu verneinen ¹⁾.

D) Änderung von Arbeitsverträgen

Häufig führen die mit einem insolventen Betrieb zusammenhängenden Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern dazu, daß potentielle Kaufinteressenten bereits von Verhandlungen Abstand nehmen. Besondere praktische Bedeutung erlangt mithin die Frage, ob und inwieweit Konkursverwalter und Erwerber vor Betriebsübergang mit den Arbeitnehmern eine Abänderung bestehender Arbeitsverträge vereinbaren und damit die auf dem Betrieb ruhenden Soziallasten verringern können.

I. Einvernehmliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen (§ 613 a Abs. 1)

Zwar kann § 613 a aufgrund seines sozialen Schutzzwecks nicht abbedungen werden, die individuelle vertragliche Dispositionsfreiheit (§ 305 BGB) der jeweiligen Parteien des Arbeitsvertrages ermöglicht es jedoch, daß der Arbeitnehmer unter Verzicht auf

1) im Ergebnis auch Birk, SAE 1974, 8, 10; Borngräber, S. 71 ff; Heinze, DB 1980, 205, 210; Posth, S. 138 ff.

den Bestandsschutz des § 613 a Abs. 1 einvernehmlich mit dem Konkursverwalter oder dem Erwerber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart ¹⁾. Zulässig ist auch die Aufnahme einer Klausel bei Vertragsschluß, wonach die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsinhaberwechsel aufgrund Rechtsgeschäft im besonderen beendet seien und nicht auf den jeweiligen neuen Arbeitgeber übergehen sollen ²⁾.

II. Erlaßvertrag (§§ 613 a Abs. 2, 397 Abs. 1 BGB)

Das BAG läßt abändernde Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Erwerber - betreffend die Haftungsregelung des § 613 a Abs. 2. - über Rückstände ³⁾ und freiwillig begründete betriebliche Sozialleistungen ⁴⁾ zu, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht.

1) Verzicht auf Sozialleistungen

Die im Betrieb des Gemeinschuldners vorhandenen Arbeitsplätze sind durch den Konkurs besonders stark gefährdet. Um die Entscheidung potentieller

-
- 1) eingehend hierzu Posth, S. 259 ff, m.w.N., der insbesondere den beidseitigen Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Gegenleistung des Arbeitgebers beleuchtet. Im Konkurs ist der Gegenleistung der jeweiligen Arbeitgeberpartei jedoch nur geringe Bedeutung beizumessen, da die Arbeitnehmer - insbesondere in Zeiten wirtschaftlicher Schwäche - daran interessiert sind, zur Erhaltung ihres Arbeitsplatzes auch wirtschaftliche Einbußen zu erbringen.
 - 2) Str., ebenso Gaul, BB 1979, 1666, 1668; Krejci, S. 248; Posth, S. 62/63 m.w.N. Seiter, Betriebsinhaberwechsel, B IX 2, erachtet eine allgemeine, von einem bevorstehenden Betriebsübergang losgelöste Abdingung der Rechtsfolgen des § 613 a Abs. 1 für unzulässig, da der Arbeitnehmer die Tragweite einer solchen Klausel nicht überblicken könne und er sie normalerweise akzeptieren müsse, wolle er den Arbeitsplatz erlangen.
 - 3) BAG AP Nr. 4 zu § 613 a. Eine präzisere und einengendere Formulierung fordert Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 4 zu § 613 a
 - 4) BAG AP Nr. 5 zu § 613 a.

Kaufinteressenten zu erleichtern, kann es sich für die Belegschaft als sinnvoll erweisen, gegenüber dem Konkursverwalter oder direkt gegenüber einen Übernahmemeinteressenten in einem Erlaßvertrag ¹⁾ (§§ 613 a Abs. 2, 397, Abs. 1 BGB) auf betriebliche Sozialleistungen zu verzichten, auf die sie keinen gesetzlichen oder tariflichen Anspruch hat ²⁾. Freiwillig eingegangene Zusagen des in Konkurs geratenen Gemeinschuldners, z.B. übertarifliche Lohnzulagen, Betriebsrenten, können auf diese Weise - ohne Verletzung des Schutzzwecks des § 613 a - abgebaut werden, da § 613 a lediglich die Kontinuität, nicht aber die Unabänderbarkeit des Arbeitsvertrages festlegt und damit kein Verschlechterungsverbot für die Zukunft aufstellt ³⁾.

Eine Nachprüfung des Erlaßvertrages auf seine sachliche Rechtfertigung entfällt im Konkurs. Die arbeitsplatzgefährdende Insolvenz des Unternehmens ist als solche stets ein hinreichender Grund für eine Anspruchsreduzierung der Arbeitnehmer als notwendiger eigener Beitrag zur Rettung ihrer Arbeitsplätze, da sich die gesetzlich vorgesehene Konservierung der Arbeitsverträge auch über den Betriebsübergang hinaus

-
- 1) Eine abändernde Betriebsvereinbarung scheidet aus, da durch ein kollektivrechtliches Gestaltungsmittel nicht in den Individualbereich der Arbeitnehmer eingegriffen werden kann, Dietz/Richardi, BetrVG, § 77 Rdnr. 73. Vgl. BAG AP Nr. 177 zu § 242 BGB - Ruhegehalt.
 - 2) Unzulässig und mit dem sozialen Schutz des § 613 a nicht vereinbar wäre allerdings ein unter dem Druck der betrieblichen Insolvenz zustandekommener Verzicht auf gesetzlich oder tarifvertraglich gesicherte Sozialleistungen (vgl. auch § 4 Abs. 3, 4 TVG). Unzulässig wäre auch ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz, da dieser unabdingbar ist, vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 134, 2.
 - 3) Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 613 a (Bl. 222); vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz, ZIP 1981, 202 f; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1975, 309; Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 304, 311 ff.

(§ 613 a) im Konkurs als zu extensiv und damit arbeitsplatzvernichtend erweist ¹⁾.

Aufgrund der beidseitigen Vorteile wird es für den Konkursverwalter vielfach zweckmäßig sein, einen derartigen Erlaßvertrag anzuregen: Die Arbeitnehmer erleichtern durch die Minderung der auf dem Betrieb ruhenden Soziallasten die Suche des Konkursverwalters nach einem Käufer. Dadurch verbessert sich ihre Aussicht, daß der Betrieb nicht über kurz oder lang stillgelegt werden muß und sie ihrer Arbeitsplätze nicht verlustig gehen. Gleichzeitig kann ein derartiger Sanierungsbeitrag - im Zusammenwirken mit anderen Faktoren - die Rückkehr des Betriebes in die erwerbswirtschaftliche Rentabilität erleichtern und den Kauf des Betriebes attraktiv gestalten.

2) Verzicht auf rückständigen Lohn

Keinerlei Bedeutung erlangt indes im Konkurs ein Erlaßvertrag über rückständige Lohnansprüche, da der Erwerber aufgrund der restriktiven Anwendung des § 613 a im Bereich der Haftungsregelung ²⁾ ohnehin nicht für vor dem Betriebsübergang entstandene, rückständige Arbeitnehmerforderungen haftet.

3) Änderung von Betriebsvereinbarung

Neben dem Verzicht auf freiwillige betriebliche Sozialleistungen durch Änderung von Einzelarbeitsver-

-
- 1) ablehnend Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 613 a (Bl. 222) und Kraft, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 304, 312 f., die die vom BAG angedeutete zusätzliche Schranke für die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen für unvereinbar mit der Dispositionsfreiheit der Parteien erachten. Letztlich führen im Konkurs beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis.
- 2) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a.

trägen erweist es sich im Konkurs oft als notwendig, auch Betriebsvereinbarungen aufzuheben oder zu modifizieren, um z.B. betriebsverfassungsrechtlich gesicherte Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer (§ 77 BetrVG) auszuschalten, die von potentiellen Kaufinteressenten als störend empfunden werden¹⁾.

Der künftige neue Arbeitgeber zählt nicht zu den Parteien, die diese betriebsverfassungsrechtliche Regelung getroffen haben und kann somit nicht Vertragspartner eines Aufhebungsvertrages sein²⁾. Vor Betriebsübergang kann er damit nur mittelbar über die Person des Konkursverwalter, der nach § 6 KO die Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners ausübt, Einfluß auf den Abschluß eines actus contrarius nehmen. Im Zeitraum zwischen Konkursöffnung und Betriebsübergang ist somit der Konkursverwalter, danach der Erwerber Verhandlungspartner des Betriebsrats im Hinblick auf einen Aufhebungsvertrag und eventuell den Abschluß einer neuen Betriebsvereinbarung.

Eine der Belegschaft nachteilige Regelung unterliegt im Hinblick auf einen möglichen Vertrauensschutztatbestand zugunsten der Arbeitnehmer einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle³⁾. Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang die insolvenzbedingte starke Gefährdung der Arbeitsplätze, die zur Folge haben kann, daß u.U. ein schutzwürdiges Interesse einzelner, aufgrund ihres Alters oder ihrer beruflichen Qualifikation jederzeit anderweitig vermittelbarer Arbeitnehmer an der Beibehaltung der bisherigen

1) Diese machen häufig im Vertrauen auf ihre gute Verhandlungsposition (vgl. oben S. 88) die Aufhebung von Betriebsvereinbarungen zur Voraussetzung einer Übernahme, um die innerbetriebliche Organisation unbelastet von der bisherigen Praxis straffen zu können.

2) Posth, S. 67 m.w.N.

3) so das BAG in ständiger Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei Posth, S. 68 Fn. 168.

Regelung zugunsten einer durch Aufhebung der Betriebsvereinbarung erreichbaren Erhaltung aller Arbeitsplätze zurücktritt.

III. Dreiseitige Verträge zwischen Konkursverwalter, Erwerber und Arbeitnehmern

Konkursverwalter und Erwerber können die Rechtsfolgen des § 613 a nicht durch Vereinbarung untereinander ganz oder teilweise ausschließen ¹⁾, da dies ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, der Arbeitnehmer, wäre.

Zulässig ist jedoch eine von § 613 a abweichende Regelung per dreiseitigem Vertrag zwischen Konkursverwalter, Erwerber und Arbeitnehmern.

Wie das BAG ²⁾ treffend ausführt, können hierbei die Vertragspartner allerdings nicht ein Auseinanderfallen von Arbeitgeber- und Schuldnerstellung vereinbaren, da dies eine unzulässige Umgehung der Rechtsfolgen des § 613 a darstellen würde.

1) BAG NJW 1982, 1607 m.w.N.

2) BAG NJW 1982, 1607. In dem vom BAG entschiedenen Fall wurde die Übernahme von Versorgungsverpflichtungen durch den Erwerber durch einen derartigen dreiseitigen Vertrag nach Stellung des Vergleichsantrags, aber vor Konkurseröffnung ausgeschlossen. Die Arbeitnehmer verzichteten auf diese Forderung jedoch nicht generell, sondern machten sie nach Eröffnung des Anschlußkonkurses gegen den PSV als Träger der gesetzlichen Insovenzversicherung geltend. Diese Regelung konnte u.a. deswegen nicht wirksam werden, weil sie auf Kosten des PSV - als an dem Vertrag unbeteiligten Vierten - ginge, der im Insolvenzfall die unverfallbaren Versorgungsanschaften der Arbeitnehmer gegen den Gemeinschaftschuldner zu erfüllen hat (§ 7 Abs. 2 BetrVG). Vgl. auch das in gleicher Sache ergangene Berufungs- urteil des LAG Düsseldorf, DB 1981, 1095. Nach Ansicht des LAG verstößt die vorliegend getroffene Vereinbarung gegen § 7 Abs. 5 BetrVG.

5. K A P I T E L

Der Einfluß des § 613 a auf die Insolvenzversicherung betrieblicher Ruhegeldanwartschaften bei Betriebsinhaberwechsel im Konkurs

Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) ¹⁾ sichert in den §§ 7 7 ff. betriebliche Versorgungsleistungen (Renten, Kapitalleistungen) und unverfallbare Versorgungsanwartschaften auf Leistungen und betrieblichen Altersversorgung gegen die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgeber.

Da sich die Haftungsübernahme des Erwerbers anläßlich eines Betriebsübergangs (§ 613 a Abs. 2) nach nunmehr gefestigter Meinung ²⁾ nicht auf Versorgungsansprüche von Betriebspensionären erstreckt, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen darauf, den Einfluß des § 613 a auf die Insolvenzversicherung der betrieblichen Ruhegeldanwartschaften aktiver Arbeitnehmer zu untersuchen.

1) BGBI. I 1974, S. 3610. Das Gesetz trat überwiegend am 22.12.1974, die Vorschriften zur Insolvenzversicherung (§§ 7 - 15 BetrAVG) am 1.1.1975 in Kraft.

2) u.a. BAG AP Nr. 6 zu § 613 a m.w.N.
Vgl. auch oben S. 112.

A) Die Insolvenzsicherung betrieblicher Versorgungsanwartschaften vor Inkrafttreten des Betriebsrentengesetzes

I. Die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 613 a

Bereits frühzeitig hat das BAG aus sozialen Erwägungen in der Praxis üblich gewordene Arbeitsvertragsklauseln, die den Verfall von Versorgungsanwartschaften bei Ausscheiden des Arbeitnehmers vor dem 65. Lebensjahr vorsahen, im Wege der Rechtsfortbildung als unzulässig verworfen, wenn der ausgeschiedene Arbeitnehmer dem Betrieb mehr als 20 Jahre angehört hat ¹⁾. Damit betonte das Gericht den zur sozialen Absicherung der Arbeitnehmer wichtigen Entgelt- und Versorgungscharakter des betrieblichen Altersruhegeldes, dem insbesondere bei langjähriger Betriebstreue ein rechtlich geschützter, anteiliger Versorgungswert zukommt.

Gleichwohl verneinte das BAG in ständiger Rechtsprechung einen Insolvenzschutz von Ruhegeldanwartschaften bei Illiquidität des Arbeitgebers. Soweit Versorgungsanwartschaften zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung unverfallbar waren, nahmen sie vor Inkrafttreten des § 613 a nur als kapitalisierte Forderungen (§§ 69, 70 KO) ohne jedes Vorrecht (§ 61 Abs. 1 Nr. 6 KO) an der Verteilung teil ²⁾, berechtigten jedoch bis zum Eintritt des Versorgungsfalles nur zu einem Sicherungsrecht (§ 67 KO). Da auf nicht bevorrechtigte For-

1) Instrukтив die Entscheidung des BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB - Ruhegehalt -, bestätigt durch BAG, DB 1972, 2116.

2) BAG DB 1972, 2116, 2118. Bevorrechtigt waren nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO nur Ansprüche aus rückständigen betrieblichen Versorgungsleistungen, str., BAG AP Nr. 3 zu § 61 sowie BAG AP Nr. 9 und 10 zu § 61 KO m.w.N.

derungen zum damaligen Zeitpunkt nur eine durchschnittliche Deckungsquote von etwa 5 % entfiel ¹⁾, versagte die betriebliche Altersversorgung bei Insolvenz des Arbeitgebers nahezu völlig, zumal verfallbare Versorgungsanswartschaften von der Masseverteilung gänzlich ausgeschlossen blieben.

Auch die seltenen Fälle einer Betriebsübertragung durch den Konkursverwalter führten nicht automatisch zu einer Erwerberhaftung, da nach damals h.M. nur privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten den Eintritt des Erwerbers in ein Arbeitsverhältnis herbeiführen konnten ²⁾.

II. Die Rechtslage nach Inkrafttreten des § 613 a und vor Einführung des Betriebsrentengesetzes

§ 613 a führte dazu, daß der Erwerber eines Betriebes automatisch Schuldner der Versorgungsansprüche wurde, die den übernommenen Arbeitnehmern vom Veräußerer zugesagt worden waren ³⁾. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsprechung der Instanzgerichte und mangels einer aussagekräftigen höchstrichterlichen Entscheidung zur Frage der Anwendbarkeit des § 613 a im Konkurs ⁴⁾ bedeutete dies jedoch keine ausreichende Insolvenzversicherung, da die betroffenen Arbeitnehmer bei gerichtlicher Geltendmachung ihrer Forderung gegen den Erwerber ein erhebliches Prozeßrisiko eingehen mußten.

1) Statistisches Jahrbuch für die BRD, 1967, S. 388.

2) Zum Meinungsstand oben S. 11 ff.

3) BAG AP Nr. 12 zu § 613 a

4) Vgl. oben S. 31 Fn. 1 und S. 32 Fn. 1

Das Gesetz über Konkursausfallgeld ¹⁾ stärkte die Rechtsstellung der Versorgungsempfänger zwar dadurch, daß rückständige Leistungen der betrieblichen Altersversorgung für die letzten 6 Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens als Masseschulden (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 d KO) mit Vorrang vor den Konkursforderungen und wegen der Rückstände für das letzte Jahr - soweit sie nicht Masseschulden waren - als bevorrechtigte Konkursforderungen (§ 61 Abs. 1 Nr. 1 d KO) befriedigt wurden. Dieser Schutz erstreckte sich jedoch nicht auf die erst nach Konkurseröffnung fällig werdenden Ansprüche und umfaßte damit auch keine Versorgungsanwartschaften.

Die unzureichende soziale Absicherung der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers machte einen besonderen Insolvenzschutz (§§ 7 - 15 BetrAVG) erforderlich, um die betriebliche Altersversorgung von dem wirtschaftlichen Schicksal des sie tragenden Unternehmens unabhängig zu machen ²⁾.

Die Kodifikation des Betriebsrentengesetzes und die gleichzeitige Institutionalisierung des Pensions-Sicherungs-Vereins auf Gegenseitigkeit als von der Solidargemeinschaft der Arbeitgeber errichteter Träger der Insolvenzversicherung führte zu einer wegweisenden Verbesserung des Insolvenzschutzes. Gleichzeitig warf diese Regelung jedoch eine Fülle neuer, ungeklärter Streitfragen auf, wie die nachfolgende dogmatische Untersuchung zu dem in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittenen Einfluß des § 613 a auf die Insolvenzversicherung von Versorgungsanwartschaften beim Betriebsübergang im Laufe eines Konkursverfahrens zeigen wird.

1) BGBl. I, S. 1481

2) vgl. auch Doetsch, RdA 1977, 26

B) Die Insolvenzsicherung unverfallbarer Versorgungsanwartschaften bei konkursbedingter Geschäftsübertragung

Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) schuf eine Insolvenzsicherung für vor Eintritt des Versorgungsfalles unverfallbare Versorgungsanwartschaften, indem es nach § 7 Abs. 2 BetrAVG einen Anspruch der Arbeitnehmer gegen den Träger der Insolvenzsicherung, den PSV, begründete, wenn die Anwartschaften auf einer unmittelbaren Versorgungszusage des Arbeitgebers oder auf einer abgetretenen oder beliehenen Direktversicherung beruhen. Diesen Insolvenzschutz genießen auch die bereits vor Inkrafttreten des BetrAVG vom BAG als unverfallbar bestimmten Anwartschaften ¹⁾.

I. Die Unverfallbarkeitsregelung im Betriebsrentengesetz

§§ 1 - 4 BetrAVG normieren Kriterien für die Unverfallbarkeit von Anwartschaften. Danach behält ein Arbeitnehmer, dem Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlaß seines Arbeitsverhältnisses zugesagt worden sind, seine Anwartschaften, wenn sein Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles endet, sofern er in diesem Zeitpunkt mindestens das 35. Lebensjahr vollendet und entweder die Versorgungszusage für ihn mindestens 10 Jahre bestanden hat oder der Bestand der Versorgungszusage mindestens 3 Jahre andauert, der Arbeitnehmer aber darüber hinaus über eine 12-jährige Betriebszugehörigkeit verfügt (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG) ²⁾.

1) Vgl. oben S. 123. BGH AP Nr. 7 zu § BetrAVG, bestätigt durch BAG ZIP 1981, 306.

Fn. 2) auf S. 127

Ein Betriebsinhaberwechsel hat dabei auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit keinen Einfluß (§ 1 Abs. 1 S. 2 BetrAVG).

Schwierigkeiten bereiten einzel- oder tarifvertragliche Abreden, die eine Änderung der gesetzlichen Unverfallbarkeitsfrist bewirken.

1. Einer in einer generellen Versorgungsordnung des Gemeinschaftschuldners enthaltenen Verfallklausel, wonach alle neu eintretenden Arbeitnehmer erst nach Ablauf einer bestimmten Mindestdienstzeit (Vorschaltzeit) in das betriebliche Versorgungswerk aufgenommen werden, hat das BAG zu Recht die Gültigkeit ver-sagt ¹⁾. Sie verlängert in Wirklichkeit nur die nach dem BetrAVG erforderliche Betriebstreue, da sie die jeweilige Vorschaltzeit bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BetrAVG ausnimmt. Nach § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG ist eine derartige Klausel unwirksam. Die

Fn. 2) von S. 126:

- 2) Zweifelhaft erscheint, ob das BAG (vgl. S. 123 Fn. 1) und auch der Gesetzgeber (§§ 1 - 4 BetrAVG) berechtigt waren, die Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Verfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften einzuschränken und sogar in bestehende Verträge einzugreifen.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Rechtsfortbildung des BAG zeigt Adomeit, SAE 1972, 200 f. auf. Das BetrAVG ist nach zutreffender Ansicht das BVerfG - Beschluß vom 30.1.1978 = AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG - verfassungsgemäß und enthält allenfalls einen mit Art. 14 GG vereinzbaren, unechten Rückgriff.

- 1) BAG AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG - Wartezeit - (mit zustimmender Anm. Weitnauer); BAG AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG - Wartezeit -; BAG BB 1982, 1488. Ebenso Fenge, BetrAV 1974, 2 ff; Hanau, ZfA 1976, 485/486; Höfer/Abt, BetrAVG, § 1 Rdnr. 52, unter Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen gegen-teiligen Auffassung (Höfer, BetrAVG, § 1 Rdnr. 24 - 26). A.A. Kemper, S. 52 ff; Schulz, BetrAVG, § 1 Anm. 2b.

gleiche rechtliche Beurteilung erfahren auch Vorverträge, in denen sich Arbeitgeber verpflichten, nach Ablauf einer bestimmten Frist eine Versorgungszusage zu erteilen bzw. die Aufnahme in das Versorgungswerk zu bestätigen ¹⁾.

Will der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Erwägungen die Unverfallbarkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt herbeiführen, so kann er dies mittels einer Einzelzusage unter individueller Bestimmung des Zeitpunkts ihrer Erteilung erreichen.

2. Durch Anrechnung von Vordienstzeiten, das sind Zeiten, die der Gemeinschuldner einem Arbeitnehmer bei der Einstellung gleichsam als Ausgleich für den Verlust der im alten Arbeitsverhältnis erworbenen, noch nicht unverfallbaren Anwartschaften angerechnet hat, kann der Beginn der Betriebszugehörigkeit (§ 1 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BetrAVG) vorverlegt werden ²⁾.

Umstritten sind insbesondere die Rechtswirkungen von Anrechnungsklauseln aus der Zeit vor Einführung der Unverfallbarkeit durch das Urteil des BAG ³⁾ sowie dem Inkrafttreten des BetrAVG, da kein Arbeitgeber voraussehen konnte, daß die Einräumung von Vordienstzeiten von Bedeutung für die Unverfallbarkeit von Anwartschaften sein würde. Auf diese Frage soll hier im einzelnen nicht näher eingegangen werden. Im Ergebnis muß der Beginn der Betriebszugehörigkeit nach den Grundsätzen über die ergänzende Vertragsauslegung beurteilt werden ⁴⁾.

1) 1) BAG AP Nr. 5, 7, 8 zu § 1 BetrAVG - Wartezeit -

2) BAG AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG; Heubeck/Höhne, BetrAVG § 1 Rdnr. 167 ff.

3) BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB - Ruhegehalt -

4) ebenso BAG BetrAV 1978, S. 239.

Im Regelfall ist dabei davon auszugehen, daß der Gemeinschuldner bei Vertragsschluß die Folgen der Betriebszugehörigkeit für die Aufrechterhaltung der Anwartschaft nicht bedachte und eine derartige Wirkung auch nicht erreichen wollte.

Eine durch ergänzende Vertragsauslegung ausfüllungsbedürftige Lücke kann sich bei Versorgungszusagen aus der Zeit vor Bekanntwerden der Rechtsprechung zur Unverfallbarkeit (BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB - Ruhegehalt -) ergeben ¹⁾.

Kontrovers diskutiert werden die Auswirkungen einer durch vertragliche Absprachen herbeigeführten Unverfallbarkeit, mithin - als wichtigster Fall - die Vereinbarung von Vordienstzeiten, auf die Insolvenzsicherung von Anwartschaften, wenn nur die vertraglichen, nicht aber die gesetzlichen Kriterien der Unverfallbarkeit erfüllt sind.

Nach Ansicht des BAG wirkt sich die vertragliche Anrechnung einer Betriebszugehörigkeit aus einem früheren Arbeitsverhältnis, bei dem eine Versorgungszusage bestand, für die "Betriebszugehörigkeit" i.S.d. § 1 BetrAVG und damit zugleich für ihren Insolvenzschutz (§ 7 Abs. 2 S. 1 BetrAVG) aus ²⁾.

Die Ausführungen des Senats widersprechen der ratio legis des § 1 BetrAVG und haben im Schrifttum zu Recht deutliche Kritik hervorgerufen ³⁾. Die In-

1) BAG AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG, bestätigt durch BAG, BB 1982, 1798.

2) BAG AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG

3) Bennewitz/Borngräber, BB 1978, 1681; Doetsch, SAE 1979, 187; Höfer/Abt, DB 1978, 2410; Weitnauer, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG

solvenzversicherung nach § 7 Abs. 2 BetrAVG bezieht sich ausdrücklich nur auf die gemäß § 1 BetrAVG unverfallbaren Anwartschaften. Insolvenzschutz wird somit bei gesetzlicher, nicht jedoch bei nur vertraglicher Unverfallbarkeit gewährt ¹⁾.

Zu diesem Ergebnis kommt auch das BAG, in der weiteren Urteilsbegründung nimmt es jedoch eine mit Sinn und Zweck des Gesetzes unvereinbare extensive Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Betriebszugehörigkeit" vor und dehnt den Insolvenzschutz auf Vordienstzeiten aus.

Die betriebliche Altersversorgung soll aber nach dem Willen des Gesetzgebers Gegenleistung für eine sich in einer langjährigen Betriebszugehörigkeit dokumentierende Betriebstreue sein ²⁾. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist dabei nach der tatsächlichen Einbindung des Arbeitnehmers in die Organisationsstruktur des Betriebes zu bestimmen. Dies setzt voraus, daß der Arbeitnehmer während des nach § 1 BetrAVG maßgeblichen Zeitraums mit seiner vollen Arbeitskraft demjenigen Arbeitgeber zur Verfügung stand, der für die unverfallbare Anwartschaft einzustehen hat. Ohne Einfluß bleiben somit der Abschluß eines Arbeitsvertrages oder die vertragliche Anrechnung von Vordienstzeiten, da durch sie allein das Arbeitsverhältnis noch nicht in den Erfüllungsstand übergegangen zu sein braucht ³⁾.

Eine vertragliche Festlegung des Beginns der Betriebszugehörigkeit kann auch deshalb nicht zum Maß-

1) vgl. auch BT - Drucksache, 7/2843, S. 8

2) BT - Drucksache 7/2843, S. 1

3) Kemper, S. 79

Vgl. auch Doetsch, SAE 1979, 187/188.

stab genommen werden, weil sie das finanzielle Risiko der Sozialleistungen betriebliche Altersversorgung unkalkulierbar macht und die bisherigen Beitragsbemessungsgrundlagen für die Finanzausstattung des PSV nicht mehr ausreichen.

Auch das im Arbeitnehmerschutzrecht dominierende Günstigkeitsprinzip kann hier zu keiner anderen Wertung führen, da eine individuelle Vereinbarung über günstigere Insolvenzsicherungsbedingungen nicht zu Lasten des betreffenden Arbeitgebers, sondern der Solidargemeinschaft der im Insolvenzsicherungsträger zusammengeschlossenen Arbeitgeber geht ¹⁾.

II. Die Versorgungsanwartschaften im sachlichen Geltungsbereich des § 613 a

Versorgungsanwartschaften, deren causa entweder in einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung (Gesamtzusage) oder in einzelvertraglichen Versorgungszusagen des Arbeitgebers liegt, sind Bestandteile des Arbeitsvertrages, da sie eine besondere Art der Belohnung für getane Arbeit (aufgespeicherter Lohn) darstellen ²⁾. Sie resultieren aus einer aufschiebend bedingten Ruhegeldzusage und entstehen in dem Zeitpunkt, in dem ein wirksamer rechtsgeschäftlicher Verpflichtungstatbestand, u.U. auch eine betriebliche Übung, vorliegt ³⁾.

Aufgrund dieses unmittelbaren Bezugs der Anwart-

1) Eingehend Blomeyer, DB 1977, 585, 586; ebenso Weitnauer, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG

2) so bereits LAG Stuttgart, BB 1953, 148.

3) Über den Gegensatz zwischen Entgelt- und Fürsorgetheorie eingehend Hilger, S. 125.

schaft zum Arbeitsverhältnis ist sie dem sachlichen Geltungsbereich des § 613 a zuzuordnen ¹⁾.

III. Die materielle Wirkung des § 613 a im Bereich des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG

Nach § 9 Abs. 2 BetrAVG gehen insolvenzgeschützte unverfallbare Anwartschaften der Arbeitnehmer auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung (§ 7 Abs. 2 BetrAVG) mit Eröffnung des Konkursverfahrens auf den Träger der Insolvenzversicherung über.

Das konkursrechtliche Schrifttum erachtet die Einstandspflicht des PSV als endgültige Rechtszuweisung ²⁾. Aus der Regelung des § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 BetrAVG folge, daß dem Arbeitnehmer im Falle einer späteren Betriebsveräußerung ein Anspruch gegen den bisherigen Arbeitgeber oder den Konkursverwalter aus der betrieblichen Versorgungszusage schon rein begrifflich nicht mehr zustehen könne und für § 613 a somit kein Raum bleibe.

Andere folgern aus der Tatsache, daß das BetrAVG jünger ist als § 613 a und der Gesetzgeber bei Schaffung des ersteren den Regelungsbereich des § 613 a berücksichtigt hat, daß sich das BetrAVG nur auf die nicht von § 613 a erfaßten Fälle bezieht und demzufolge die Eintrittspflicht des Erwerbers in die mit

1) h.M., u.a. BAG AP Nr. 6, 12, 15 und 18 zu § 613 a; Fischer, S. 163 ff. m.w.N.

A.A. ArbG Köln, DB 1977, 2146, 2147, mit der Begründung, die Verpflichtungen aus der Anwartschaft entstanden gerade erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

2) Martens, DB 1977, 495; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 1 Rdnr. 80 a; Säcker/Joost, DB 1978, 1030, 1078; ArbG Kaiserslautern, DB 1978, 593.

den Versorgungsanwartschaften verbundenen Rechtspositionen nicht berührt wird (Subsidiarität des § 7 Abs. 2 BetrAVG gegenüber § 613 a)¹⁾. Der Forderungsübergang auf den PSV nach § 9 Abs. 2 BetrAVG stehe unter der auflösenden Bedingung eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a.

Wiedemann/Willemsen und ihnen folgend das BAG wiederum schließen aus der restriktiven Anwendung des § 613 a im Konkurs, daß der Erwerber zwar in die Versorgungsanwartschaften der übernommenen Belegschaft eintritt, im Versorgungsfall jedoch nur den nach Eröffnung des Konkursverfahrens zeitanteilig erdienten Teil der Betriebsrente schuldet²⁾.

Eine an den Normzwecken des § 613 a orientierte, differenzierende Betrachtung muß zunächst von der Prämisse ausgehen, daß die Rechte und Pflichten des Erwerbers grundsätzlich inhaltlich identisch mit denen des Veräußerers sind, so daß der Erwerber auch in Versorgungszusagen des Gemeinschuldners eintritt. Allerdings deckt der Bestandsschutz des § 613 a nicht die Übernahme unverfallbarer Versorgungsanwartschaften, da diese sich mit zunehmender Beschäftigungsdauer von einer allgemein auf den Arbeitsplätzen ruhenden sozialen Last zu einem konkreten Rechtsanspruch des Arbeitnehmers entwickeln, dessen endgültige Entstehung nicht mehr vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, sondern nur noch vom Eintritt des Versorgungsfalles abhängt³⁾. Die wegen der Priorität der kon-

1) Borngörber, S. 88; Everhardt, BB 1976, 1611, 1612; Fischer, S. 177; Paulsdorff, KTS 1977, 213, 220; ders. bei Heubeck/Paulsdorff, BetrAVG, § 7 Rdnr. 38 (1. Aufl.). Ebenso LAG Düsseldorf, DB 1979, 2182.

2) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 424 m.w.N.; BAG AP Nr. 18 zu § 613 a, bestätigt durch BAG AP Nr. 22 zu § 613 a.

3) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 426.

kursrechtlichen Abwicklungsregelung (par conditio creditorum) gebotene restriktive Anwendung des § 613 a in seinem haftungsrechtlichen Teil hat somit zur Folge, daß der Erwerber nicht für die vor Betriebsübergang pro rata temporis gemäß § 2 BetrAVG erdienten unverfallbaren Versorgungsanwartschaften haftet ¹⁾. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2 BetrAVG weist die Haftung endgültig dem PSV zu, soweit sie sich auf den bis zum Eintritt des Sicherungsfalles der Höhe nach entstandenen Teil der Anwartschaft bezieht (§ 7 Abs. 2 S. 4 BetrAVG). Dieser nimmt in Höhe des auf ihn übergegangenen Anspruchs (§ 9 Abs. 2 BetrAVG) als einfacher Konkursgläubiger (§ 61 Abs. 1 Nr. 6 KO) am Verteilungsverfahren teil ²⁾.

Führt der Konkursverwalter nach Konkurseröffnung den Betrieb fort, so nehmen die zwischen Konkurseröffnung und Veräußerung zeitanteilig entstehenden Anwartschaftsrechte als Masseschulden - § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO - am Verfahren teil ³⁾. Sie werden geschätzt (§ 69 KO) und als kapitalisierte Forderungen (§ 70 KO) bei der Verteilung berücksichtigt. Da die Anwartschaftsrechte erst mit Eintritt des Versorgungsfalles fällig werden, sind sie im Konkurs als aufschiebend bedingte Forderungen anzumelden und festzustellen ⁴⁾. Nach § 67 KO berechnen sie zunächst nur zu einer Siche-

1) hierzu ausführlich oben S. 53 ff. und S. 56 Fn. 1.

2) Das BAG hat eine Einbeziehung von Versorgungsanwartschaften in den Kreis bevorrechtigter Konkursforderungen abgelehnt, da eine derartig ausweitende Interpretation der Konkursvorrechte des § 61 KO weder legitim, noch sinnvoll sei (DB 1978, 941, 942).

3) A.A. BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO, bestätigt durch BAG, AP Nr. 10 zu § 61 KO und BAG AP Nr. 18 zu § 613 a; Henckel, ZIP 1980, 173.

4) Zu dem Streit, ob die Ruhegeldanwartschaften unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung steht, vgl. Hilger, S. 107 f.

1). Dabei wird die auf sie entfallende Konkursdividende bei den Abschlagsverteilungen zurückbehalten und bei der Schlußverteilung hinterlegt (§§ 154, 168 Nr. 2, 169 KO). Tritt im weiteren Verlauf, z.B. aufgrund Ablebens des Berechtigten, der Versorgungsfall nicht ein, so wird der zurückbehaltene Betrag frei und bei der Schlußverteilung oder - soweit diese bereits erfolgt ist - bei einer Nachtragsverteilung auf die anderen Konkursgläubiger verteilt (§ 156 KO). Eine Ausnahme gilt jedoch bei Insolvenz einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft. Hier besteht ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in Höhe des Wertes der Anwartschaft aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), da es dem Versorgungsberechtigten aufgrund des vorauszusehenden Untergangs des Verpflichtungsträgers nicht zumutbar ist, über die Liquidation hinaus auf den Eintritt des Versorgungsfalles zu warten 2).

Für den nach Betriebsübernahme erdienten Teil der Rente haftet der Erwerber nach § 613 a Abs. 2.

Die Haftung für unverfallbare Versorgungsanswartschaften wird somit auf drei Schultern verteilt: den PSV für den bis zur Konkurseröffnung ratierlich erdienten Teil, die Konkursmasse für die Zeit der Betriebsfortführung zwischen Konkurseröffnung und Betriebsübergang, den Erwerber für den nach Übernahme

1) A.A. BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO, bestätigt durch BAG, AP Nr. 10 zu § 61 KO, wonach sich die Versorgungsanswartschaften im Konkurs in einen Zahlungsanspruch verwandele.

Wie hier Weber, Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO (unter 3 m.w.N.). Die aus verteilungstechnischen Gründen erforderliche Kapitalisierung rechtfertigt nicht eine Auszahlung des kapitalisierten Betrages vor Eintritt des Versorgungsfalles, da dies die Bedingtheit und die daraus folgende ungewisse Realisierbarkeit der Forderung auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger unberücksichtigt ließe.

2) BAG AP Nr. 10 zu § 61 KO; Weber, Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO (unter 3 e).

erdienten Teil der Anwartschaft ¹⁾. Wenn auch der Einwand Henckels ²⁾ nicht verkannt werden kann, daß die durch die hier aufgezeichnete Lösung erforderlichen Nachtragsverteilungen einen hohen Verwaltungsaufwand mit sich bringen, so ist es doch dogmatisch unzulässig, die Haftung des Erwerbers auf die ab Konkurseröffnung erdienten Anwartschaften auszudehnen. Eine derartige Haftungsverweigerung würde den das konkursrechtliche Liquidationsverfahren allein rechtfertigenden Grundsatz der par conditio creditorum ad absurdum führen, da jeder Erwerber diese, von ihm nicht aus der laufenden Betriebsführung zu erwirtschaftende, sondern eindeutig der Vergangenheit zuzuordnende Mehrbelastung vom Kaufpreis abziehen und damit die Quote der übrigen Konkursgläubiger entsprechend vermindern würde.

Lehnt das Konkursgericht die Eröffnung des Verfahrens wegen unzureichender Masse ab, so gehen unverfallbare Anwartschaften nicht automatisch mit Eintritt des Sicherungsfalles, sondern erst dann auf den PSV über, wenn dieser den Berechtigten die ihnen zustehenden Anwartschaftsrechte mitgeteilt hat (§ 7 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und § 9 Abs. 2 S. 1, 2. HS i.V.m. Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Gleichwohl verändert eine Betriebsübernahme die Einstandspflicht des PSV nicht, da der oben dargestellte Zielkonflikt zwischen den verschiedenen Normzwecken des § 613 a ³⁾ zugunsten einer Priorität des Bestandsschutzes entschieden werden muß und somit - ohne daß der Gedanke der par conditio creditorum hier entscheidungserheblich wäre - eine restriktive Interpretation des § 613 a im Haf-

1) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 427. Ablehend Henckel, ZIP 1980, 173.

Die Teilbarkeit der Versorgungsanwartschaften ergibt sich incidenter aus § 7 Abs. 2 S. 3 BetrAVG.

2) ZIP 1980, 173

3) oben S. 63 ff.

tungsteil erforderlich ist. Für die vor Betriebsübernahme ratierlich erdienten Anwartschaftsrechte haftet der Erwerber somit zwar nicht nach § 613 a, wohl aber nach § 419 BGB in Höhe des übernommenen Aktivvermögens gegenüber dem PSV für die auf diesen gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG übergegangenen Anwartschaftsrechte, da außer dem Betrieb i.d.R. kein ins Gewicht fallendes Vermögen vorhanden sein wird ¹⁾.

IV. Prozessuale Durchsetzung

1. Entsteht im Insolvenzfall Streit darüber, wer von den vorstehend aufgeführten, möglichen Rentenschuldnern im konkreten Fall für unverfallbare Versorgungsanwartschaften haftet und stellt der Erwerber seine betrieblichen Rentenzahlungen ein oder nimmt sie überhaupt nicht auf, so besteht für die Arbeitnehmer prozessual zunächst die Möglichkeit, ihre Ansprüche im Wege einer Leistungsklage gegen den Erwerber zu verfolgen ²⁾.

Das ArbG Berlin vertritt den Standpunkt, eine Leistungsklage sei aufgrund der vom BetrAVG statuierten lückenlosen Alternativität zwischen der Einstandspflicht des PSV und der des jeweiligen Arbeitgebers bereits dann begründet, wenn feststehe, daß dem Pensionär fällige Betriebsrentenansprüche zustehen ³⁾. Nicht entscheidend für den Erfolg der Klage und damit auch nicht aufklärungsbedürftig sei,

1) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 430.
A.A. BAG EzA § 613 a Nr. 27

2) Zur Bestimmtheit des Leistungsanspruchs vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 613 a

3) Urteil vom 10.2.1982 - 18 Ca 238/81 - (unveröffentlicht) zu dem gleichgelagerten Fall eines Vergleichs (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 BetrAVG).

ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 613 a vorliegen und ob die Veräußerung vor oder nach Eintritt des Sicherungsfalles erfolgt ist. Das mit der Klärung dieser Fragen verbundene Prozeßrisiko könne aus Billigkeitserwägungen (§ 242 BGB), aber auch aufgrund Sinn und Zweck der §§ 7 - 15 BetrAVG nicht zu Lasten der Pensionäre gehen, da der Gesetzgeber diesem Personenkreis durch das BetrAVG eine schnelle Realisierbarkeit seiner Rentenansprüche ermöglichen wollte und zudem die Arbeitnehmer i.d.R. nicht ohne Schwierigkeiten beurteilen könnten, ob und wenn ja zu welchem Zeitpunkt die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 613 a gegeben sind. Die Klärung dieser für die Bestimmung des Rentenschuldners entscheidenden Frage sei letztlich Sache eines Rechtsstreits zwischen PSV und Erwerber, da zwischen ihnen der eigentliche Interessenwiderstreit bestehe. Hierzu gebe das Arbeitsgerichtsgesetz dem Erwerber die Möglichkeit zu Leistungs- und Feststellungsklagen gegen den PSV zur Hand.

Das ArbG Berlin verkennt, daß sowohl die tatbestandliche Feststellung der Voraussetzungen des § 613 a wie auch die zeitliche Fixierung des Betriebsübergangs entscheidende Kriterien für die Schlüssigkeit und Begründetheit der Klage sind. Der Erwerber ist nur dann passivlegitimiert, wenn einerseits ein Betriebsübergang i.S.d. § 613 a vorliegt und dieser zudem vor Eintritt des Sicherungsfalles erfolgt ist. Das mit der Entscheidungsfindung betraute Gericht muß somit die Sachbefugnis des Beklagten dadurch feststellen, daß es incidenter die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 613 a wie auch den Zeitpunkt des Betriebsübergangs prüft ¹⁾.

1) Im Ergebnis auch Willemsen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a.
Die gegenteilige Argumentation des ArbG Berlin kann auch aus Gründen der Prozeßökonomie nicht überzeugen, da sie einen Folgeprozeß zwischen dem Erwerber und PSV geradezu herausfordert.

Werden hierbei in einem nach Eintritt des Sicherungsfalles geschlossenen Übernahmevertrag einzelne Vertragsteile vordatiert, so ist aus Gründen der Rechtsklarheit gleichwohl der Zeitpunkt der Abgabe der schuldrechtlichen Verpflichtungserklärungen maßgeblich.

Das Prozeßrisiko des Pensionärs wird durch einen Auskunfts- und Informationsanspruch gegenüber seinem jeweiligen Arbeitgeber gemildert. Als nachwirkendes Relikt der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht bezieht er sich auf die Vorlage und Nachweise jener Unterlagen, die für die Bestimmung des eigentlichen Zahlungsverpflichteten und potentiellen Klagegegners erforderlich sind.

Für den Arbeitnehmer ist es zweckmäßig, dem PSV den Streit zu verkünden, um ihn insbesondere mit der Einrede einer unsachgemäßen Prozeßführung bzw. einer Manipulation zu seinen Lasten zu präkludieren.

Wird somit durch Zahlungseinstellung des Arbeitgebers ohne Einschaltung des PSV die Kontinuität der Rentenzahlung unterbrochen, hat der Pensionär nach geltendem Recht diese zeitliche Lücke in seiner betrieblichen Rentenversorgung hinzunehmen, da er zwar durch einen Arrest (§ 916 ff ZPO i.V.m. § 62 Abs. 2 ArbGG) eine vorläufige Sicherung seiner Ansprüche gegen den Arbeitgeber erreichen kann, ihm diese fälligen Beträge im Arrestverfahren jedoch nicht ausgezahlt werden. Darüber hinaus bietet auch die von der Rechtsprechung im Anschluß an § 940 ZPO entwickelte Leistungsverfügung keinen hinreichenden Schutz, da diese nur in sehr engen Grenzen zur Sicherung des notwendigen Lebensunterhalts Anwendung finden darf¹⁾. Es empfiehlt sich daher eine Novellierung der §§ 7, 9 Abs. 2 BetrAVG mit dem Ziel, daß bereits bei

1) vgl. Thomas/Putzo, § 940, Anm. 4 a.

Einstellung der Rentenzahlung durch den jeweiligen Arbeitgeber eine Zahlungspflicht des PSV errichtet wird. Im Gegenzug wäre der gesetzliche Übergang der Pensionsforderung auf den PSV anzuordnen ¹⁾. Wenngleich hierdurch auch das Insolvenz- und Prozeßrisiko des PSV erweitert wird, scheint diese Novellierung durch das zweifellos anspruchsvolle Ziel des Gesetzgebers geboten, mit §§ 7 - 15 BetrAVG einen lückenlosen Insolvenzschutz für die Altersversorgung zu schaffen, um diese gegen die wirtschaftlichen Wechselfälle des Unternehmens abzusichern und sie zu einem gesicherten Bestandteil der Gesamtversorgung des Arbeitnehmers zu machen ²⁾.

Gegen den PSV wird der Pensionär eine Leistungsklage dann erheben, wenn die Veräußerung aus seiner Sicht erst nach Eintritt des Insolvenzfalles erfolgte.

2. Bereits vor Fälligkeit eines übergangenen Anspruchs kann der Arbeitnehmer eine Feststellungsklage gegen den Betriebserwerber erheben, wenn sie - obwohl grundsätzlich subsidiär gegenüber der Leistungsklage - zu einer abschließenden oder prozeßökonomischen Entscheidung führt ³⁾.

Bei einem globalen Feststellungsantrag hinsichtlich aller nach § 613 a übergegangener Verpflichtungen sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, da das erkennende Gericht zu Feststellungen von unnötiger Tragweite gezwungen wäre, die auch unstreitige Positionen einbeziehen würden ⁴⁾. Ein ausschließlich auf unverfallbare Anwartschaften gerichtetes Feststellungsbegehren ist dagegen

1) ebenso Bunge, RdA 1981, 13, 17.

2) Stellungnahme des Ausschusses für Arbeit vom 22.11.1974 zum Entwurf des BetrAVG, BT - Drucksache VII, 2843, S. 5; Bunge, RdA 1981, 13, 17.

3) Schreiber, RdA 1982, 137, 149.

4) Schreiber, RdA 1982, 137, 149.

A.A. Willemssen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a

zulässig.

C) Verfallbare Versorgungsanwartschaften bei konkursbedingter Geschäftsübertragung

Sind die gesetzlichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen nach § 1 BetrAVG nicht erfüllt, so scheidet eine Insolvenzsicherung dieser Anwartschaften nach § 7 Abs. 2 BetrAVG aus. Das BAG deutet an, daß solche Anwartschaften entweder vom Erwerber zu übernehmen oder in einen Sozialplan abzufinden seien ¹⁾.

I. Dogmatische Einordnung des Rechtscharakters der verfallbaren Versorgungsanwartschaft

Bereits mit Erteilung der schuldrechtlich verpflichteten Versorgungszusage entsteht eine Anwartschaft des Arbeitnehmers. Diese sogenannte einfache Anwartschaft ist eine in den bestehenden Rechtsverhältnissen zwar vorbereitete, aber noch mehr oder weniger ungesicherte Aussicht auf den Erwerb eines subjektiven Rechts. Zum Anwartschaftsrecht erstarkt die Anwartschaft erst dann, wenn diese Aussicht einen solchen Grad von Festigkeit erlangt, daß sie im Verkehr als eine bereits gegenwärtige Vermögensposition angesehen wird und daher das Bedürfnis hervortritt, sie wie ein subjektives Recht zu übertragen, zu pfänden und zu verpfänden ²⁾. Diese Voraussetzungen sind nur dann gegeben, wenn der Begünstigte eine rechtlich weitgehend gesicherte Position hinsichtlich des Erwerbs des Forderungsrechts hat, die ihm von Vorteil ist, wenn die Bedingung eintritt. Wichtigstes Kenn-

1) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a (unter III, 3 der Gründe)

2) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 196

zeichen dieser Rechtsposition ist, daß der Erwerb eines Rechts zum Nachteil eines anderen - desjenigen, der sich aufschiebend bedingt verpflichtet hat - von diesem nicht mehr verhindert werden kann. Er hängt lediglich von dem Eintritt der Bedingung ab, auf den der andere i.d.R. keinen Einfluß hat ¹⁾. Solange eine Anwartschaft verfallbar ist, kann sie durch eine einseitig beim Arbeitgeber liegende rechtsgeschäftliche Erklärung, z.B. durch eine wirk-same Kündigung des Arbeitsverhältnisses, zum Er-löschen gebracht werden. Dies zeigt, daß die Anwart-schafter ~~st~~mit Erscheinen der Unverfallbarkeitskri-terien des § 1 BetrAVG eine als im Rechtsverkehr schützenswert empfundene Rechtsposition erreicht, die nicht mehr durch eine einseitige beim Verspre-chen den liegende Erklärung zerstört werden kann. Somit können zwar unverfallbare Anwartschaften als Anwartschaftsrechte bezeichnet werden, Ruhegeldzu-sagen, die bei Eintritt des Sicherungsfalles noch nicht die gesetzlichen Unverfallbarkeitskriterien erfüllen, berechtigen jedoch nur zu einer (ein-fachen) Anwartschaft ²⁾, die sich allerdings bei entsprechend langer Betriebszugehörigkeit zu ei-nem subjektiven Recht manifestieren kann.

Für die tatbestandliche Anwendbarkeit des § 613 a auch auf verfallbare Anwartschaften bleibt diese Feststellung ohne Bedeutung. Der Erwerber tritt - nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut - in die Rechte und Pflichten seines Rechtsvorgängers, des Gemeinschuldners, ein, ohne daß insoweit auf

1) Larenz, Allgemeiner Teil, S. 462.

2) Fischer, S. 179, bezeichnet dies als "Anwart-schaft auf die unverfallbare Anwartschaft".

subjektive Rechte der Arbeitnehmer Bezug genommen wird. Die sich aus der Versorgungszusage ergebende Verpflichtung des Gemeinschuldners, bei ungekündigtem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Erreichen der gesetzlichen oder vertraglichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen die Betriebsrentenansprüche zu erfüllen, fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des § 613 a.

II. Vertraglich und gesetzlich verfallbare Anwartschaften

Ruhegeldanwartschaften, die vor Konkurseröffnung erdient wurden und die weder die gesetzlichen, noch etwaige vertragliche Unverfallbarkeitsvoraussetzungen erfüllen, erfahren nach der Konkursordnung keine Befriedigung aus der Masse, wenn der Konkursverwalter den Betrieb stilllegt. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß der Eintritt der aufschiebenden Bedingung (Erreichen der Mindestbeschäftigungsdauer) unmöglich wird.

Untersucht werden soll im folgenden die Rechtslage bei einstweiliger Betriebsfortführung und anschließender Veräußerung durch den Konkursverwalter.

1) Abfindung verfallbarer Anwartschaften in einem Sozialplan

Nach einer Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 13.12.1978 sind die Vorschriften des BetrVG über Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich bei Betriebsänderung auch im Kon-

kurs anwendbar ¹⁾.

Die lückenhafte Alternativität von § 613 a und §§ 111 ff BetrVG verbietet jedoch die Aufstellung eines Sozialplanes ²⁾. Den Arbeitnehmern soll nach dem Willen des Gesetzgebers bei einem Inhaberwechsel entweder der Arbeitsplatz in vollem Umfang erhalten bleiben (§ 613 a) oder eine Entschädigung (per Sozialplan) für den mit einer Betriebsänderung verbundenen Verlust des Arbeitsplatzes oder für sonstige gravierende Nachteile gewährt werden. Priorität kommt dabei § 613 a aufgrund der gerade im Konkurs eminent wichtigen Erhaltung der Arbeitsplätze zu. Diese Präferenz des § 613 a gilt gerade auch im Hinblick auf verfallbare Anwartschaften, da die Erfüllung der Versorgungszusage von dem unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängt. Subsidiär kommen die betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften über den Interessenausgleich bei Betriebsänderungen nur außerhalb des sachlichen und personellen Anwendungsbereiches des § 613 a zum Tragen.

Auch die konkursbedingt restriktive Interpretation des § 613 a im Haftungsteil erlaubt hiervon keine Ausnahme, da den Arbeitnehmern gewisse im Zusammenhang mit dem Konkurs auftretende Nachteile nicht erspart werden können.

Aber selbst wenn man die Anwendung der §§ 111 ff. BetrVG neben § 613 a unterstellt, verbietet sich eine Abfindung verfallbarer Anwartschaften in einem Sozialplan aus folgenden Gründen:

-
- 1) Nunmehr h.M., BAG AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972. Sozialplanansprüche werden danach mit Rang vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO bevorrechtigt befriedigt (umstr.).
Eingehend Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 276 ff.
Über die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 14 I GG ist eine Entscheidung des BVerfG zu erwarten.
Weitere Nachweise bei Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 59 Rdrn. 2 e.
A.A. Beuthien, S. 59 f. unter Hinweis auf § 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG
2) Vgl. oben S. 49 f.

1. Nach §§ 111, 112 BetrVG wäre Voraussetzung, daß in Betrieben mit i.d.R. mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern eine Betriebsänderung geplant ist, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft zur Folge hat. Einschränkend ist auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit eines Sozialplanes für das Unternehmen Rücksicht zu nehmen (§ 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG). Diese Einschränkung entfällt aber nach ständiger Rechtsprechung des BAG, wenn keine Aussicht besteht, das Unternehmen bei Einschränkung oder Einstellung der Sozialleistungen zu sanieren¹⁾. Im Konkurs treten jedoch an die Stelle der Interessen des Unternehmens die der Konkursgläubiger, so daß insoweit doch wieder auf die Abwägungsklausel des § 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG zurückgegriffen wird¹⁾. Von einer Betriebsänderung kann somit bei einem Betriebsübergang im Konkurs nicht generell gesprochen werden, da durchaus denkbar - wenn auch nicht die Regel - ist, daß die bisherige innerbetriebliche Organisationsstruktur auch bei dem Erwerber aufrecht erhalten wird (§ 111 S. 2 Nr. 4 BetrVG)³⁾.

-
- 1) BAG AP Nr. 154, 157 und 167 zu § 242 BGB - Ruhegehalt -; BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO; BAG AP Nr. 2 zu § 7 BetrVG.
 - 2) So die Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung des Großen Senats, BAG AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972. Kritisch Dietz/Richardi, BetrVG, § 112 Rdnr. 100, der die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen nicht auf § 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG stützt, sondern diese Norm als materiell ungeschriebenes Konkursrecht ansieht, im Ergebnis jedoch dem BAG zustimmt. Richardi, a.a.O., bezeichnet dies zutreffend als eine Rechtsfortbildung extra legem, da der Gesetzgeber die Insolvenz des Unternehmens unberücksichtigt ließ und die Judikative aus diesem Grund gezwungen war, Sozialplanansprüche in die Reihe der Konkursforderungen - unter adäquater Berücksichtigung der übrigen Gläubigergruppen - einzuordnen. A.A. Beuthien, S. 45, wonach eine Rechtsfortbildung contra legem vorliegt.
 - 3) Vgl. auch BAG AP Nr. 6 zu § 111 BetrVG 1972. Dies wäre u.a. dann der Fall, wenn der Erwerber den Betrieb ausschließlich durch Einbringung seines "know how" zu sanieren versucht.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 111, 112 BetrVG müßten somit in jedem einzelnen Fall individuell geprüft werden, so daß eine Anwendung dieser Vorschriften generell auf jeden Betriebsübergang von vorneherein ausscheidet.

2. Zudem müßte die Belegschaft in Betrieben, die keinen Betriebsrat haben und/oder weniger als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, insbesondere in vielen mittelständischen Unternehmen, den Arbeitsplatzverlust entschädigungslos hinnehmen, nur weil auf ihren Betrieb - im Gegensatz zu größeren Unternehmen - die Vorschriften des BetrVG über Betriebsänderungen nicht anwendbar sind ¹⁾.
3. Auch die aus der aufschiebenden Bedingtheit der verfallbaren Anwartschaften resultierende Ungewißheit des Fälligkeitseintritts würde bei einer Abfindung per Sozialplan nicht hinreichend berücksichtigt.

Die Abfindung verfallbarer Anwartschaften in einem Sozialplan würde somit zu einer sozialpolitisch unbefriedigenden, heterogenen Lösung führen und darüber hinaus den sachlichen Anwendungsbereich des § 613 a negieren ²⁾.

2) Gespaltene (restriktive) Anwendung des § 613 a

Die teleologische Reduktion des § 613 a im Konkurs auf eine Bestandsschutznorm für die Zukunft sichert zwar den Fortbestand der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang, beschränkt jedoch andererseits die Haftung des Erwerbers partiell auf den ab Betriebs-

1) German, S. 228; Henckel, Anm. zu EzA § 113 BetrVG 1972, Nr. 1, S. 13, 19.

2) Vgl. auch Bieler, BB 1981, 435, 439.

übergang erdienten Teil der Arbeitnehmeransprüche. Da die betriebliche Ruhegeldanwartschaft sowohl Elemente mit Vergangenheitsbezug (Entgeltcharakter; "aufgesparter Lohn") wie auch mit Zukunftsbezug (Fürsorgecharakter) aufweist ¹⁾ und da je nach Ausgestaltung der individuellen Versorgungszusage einer der beiden Komponenten verstärkte, ausnahmsweise sogar ausschließliche Bedeutung zukommen kann, bereitet die Einordnung verfallbarer Versorgungsanwartschaften in das im Konkurs restriktiv anzuwendende System von Haftungs- und Bestandsschutzzweck des § 613 a Schwierigkeiten.

1. Als Bestandsschutznorm ist § 613 a im Konkurs immer dann anzuwenden, wenn dem Arbeitnehmer andernfalls Rechtsvorteile verloren gehen, die er in einem neuen Arbeitsverhältnis nicht oder nur nach verhältnismäßig langer Zeit wiedererlangen kann ²⁾. Zu diesen unwiederbringlichen Bestandsvorteilen sind auch Beschäftigungszeiten zu rechnen, die beim Gemeinschuldner erbracht wurden, da insbesondere viele ältere Arbeitnehmer die nach § 1 BetrAVG geforderte Mindestbeschäftigungsdauer bis zum Erreichen des Ruhestandes bei dem Betriebserwerber allein nicht mehr erreichen können. Zudem bewirkt die in Zeiten konjunktureller Krise verstärkt geforderte Mobilität der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt, daß auch

1) h.M., BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB - Ruhegehalt -. Zwar betont das BAG in seiner neueren Rechtsprechung verstärkt den Entgeltcharakter (u.a. BAG AP Nr. 7 zu § 16 BetrAVG; AP Nr. 8 zu § 16 BetrAVG; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG - Treubruch -), es hat jedoch bislang die Richtlinien seiner Grundsatzentscheidung v. 10.3.1972 nicht aufgegeben.
Vgl. Hilger, S. 23 und Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 425 f.

2) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 426.

jüngere Arbeitnehmer auf die Anrechnung ihrer beim Gemeinschuldner erbrachten Betriebszugehörigkeit angewiesen sind, da sie andernfalls u.U. die gesetzlichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen nicht mehr erreichen können.

Für die Anwendung des § 613 a als Bestandsschutznorm spricht aber auch, daß die Erfüllung der Versorgungsabrede allein vom Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig ist¹⁾. Da dieses bei einem Inhaberwechsel im Konkurs als solches bestehen bleibt und nur eine Auswechslung des Vertragspartners auf Arbeitgeberseite unter Beibehaltung der bisherigen "arbeitsvertraglichen Hülle" erfolgt, muß der Erwerber die Versorgungszusage des Gemeinschuldners übernehmen²⁾.

Dieses Ergebnis findet seine Bestätigung darin, daß bestimmendes Motiv für die Erteilung einer Versorgungszusage i.d.R. die Betriebstreue der Arbeitnehmer ist. Diese wird durch einen Inhaberwechsel - bei Fortbestand des Betriebes - nicht unterbrochen. Somit kann die Belegschaft bei dem Erwerber in die Unverfallbarkeit hineinwachsen, ohne daß die Veräußerung des Betriebes die Unverfallbarkeitsfristen unterbricht³⁾.

2. Verfallbare Versorgungsanswartschaften entstehen dem Grunde nach bereits mit Erteilung der Versorgungszusage⁴⁾ und sind - soweit sie vor Betriebsüber-

1) so auch Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 426 f.
2) BAG AP Nr. 18 zu § 613 a und BAG EzA § 613 a Nr. 19.
3) Willemsen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a; Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 427; Heubeck/Paulsdorff, BetrAVG, § 7 Rdnr. 61 f.
4) Vgl. oben S. 141.
BAG AP Nr. 12 zu § 613 a; Willemsen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a.

nahme ratierlich erdient wurden - als (doppelt) aufschiebend bedingte Ansprüche ausschließlich konkursrechtlich abzuwickeln, da andernfalls die Arbeitnehmer eine zu Lasten der übrigen Konkursgläubiger gehende volle Befriedigung ihrer Ansprüche durch den Erwerber erfahren würden ¹⁾. Der konkursrechtliche Verteilungsgrundsatz par conditio creditorum ermöglicht somit - einheitlich für alle Ansprüche und Anwartschaften der Arbeitnehmer - eine Anwendung der arbeitsrechtlichen Haftungsverteilung des § 613 a nur für den Zeitraum nach Betriebsübernahme ²⁾.

Der beim Gemeinschuldner erdiente verfallbare Teil der Betriebsrente nimmt somit nach §§ 3 Abs. 1, 61 Abs. 1 Nr. 6 KO als geschätzte (§ 69 KO) und kapitalisierte (§ 70 KO) ohne jedes Vorrecht an der Verteilung teil, berechtigt jedoch bis zum Eintritt des jeweiligen Fälligkeitszeitpunkts nur zu einer Sicherung (§ 67 KO). Die geringe Deckungsquote nichtbevorrechtigter Forderungen führt zu einer minimalen Realisierbarkeit dieses Anwartschaftsteils.

Der zwischen Eintritt des Sicherungsfalles und Betriebsübergang ratierlich erdiente Anteil der verfallbaren Anwartschaft nimmt als Masseschuld - § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO - an der Verteilung teil.

Wenngleich die Belegschaft aufgrund der gespaltenen Anwendung des § 613 a bei dem Erwerber in die Unverfallbarkeit hineinwachsen kann, bedeutet dies nicht, daß - rückwirkend betrachtet - auch die bis zum Betriebsübergang erdienten verfallbaren Anwartschaften wie unverfallbare zu behandeln wären (und damit dem Insolvenzschutz des BetrAVG unterlägen), da die Anwendung des BetrAVG das Vorliegen

1) Vgl. hierzu oben S. 53 ff.

2) Willemsen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a. A.A. Höfer/Abt, BetrAVG, Arb.Gr., Rdnr. 254.

der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 BetrAVG zum Zeitpunkt des Sicherungsfalles voraussetzt. Dies gilt auch, wenn die bei Eintritt des Sicherungsfalles verfallbare Anwartschaft während der Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter zur Unverfallbarkeit erstarkt.

3) Der Vorschlag Bieler's

Wenngleich der Vorschlag Bieler's, eine gesetzliche Insolvenzversicherung auch verfallbarer Anwartschaften de lege ferenda durch Erweiterung des § 8 BetrAVG und Einschränkung des § 1 BetrAVG zu schaffen ¹⁾, aus systematischen Gründen für eine Vereinheitlichung des Insolvenzschutzes der betrieblichen Altersrente geboten erscheinen mag, kann ihm nicht zugestimmt werden. Die bisherigen Beitragsbemessungsgrundlagen für die Finanzausstattung des PSV erfassen dieses erweiterte Insolvenzrisiko nicht, so daß eine Neufestsetzung der Arbeitgeberbeiträge unumgänglich wäre. Dies würde zu einer erheblichen finanziellen Mehrbelastung der Solidargemeinschaft der Arbeitgeber als Träger des PSV führen, die auch durch den verständlichen Wunsch der Arbeitnehmer nach einem lückenlosen Insolvenzschutz nicht gerechtfertigt ist. Die Rechtsstellung der Belegschaft wurde durch das Gesetz über Konkursausfallgeld ²⁾ weitreichend gesichert. Ein über die jetzige Regelung im BetrAVG hinausgehender Arbeitnehmerschutz würde eine nicht mehr vertretbare Aushöhlung der Konkursmasse zu Lasten der übrigen Gläubigergruppen zur Folge haben und den

1) BB 1981, 435, 439

2) BGBI. I, 1481

Grundsatz par conditio creditorum negieren ¹⁾.

Gleiches gilt auch für die Forderung, auf die Zeit zwischen Konkurseröffnung und Betriebsübernahme entfallende Versorgungsanwartschaften in den Insolvenzschutz der betrieblichen Altersversorgung einzubeziehen ²⁾.

4) Ergebnis

Die restriktive Anwendung des § 613 a in bezug auf verfallbare wie unverfallbare Versorgungsanwartschaften führt zu einer interessengerechten Problemlösung: Potentielle Kaufinteressenten können sich beim Erwerb eines Betriebes vom Konkursverwalter darauf verlassen, daß sie für vor dem Betriebsübergang erdiente Ansprüche und Anwartschaften der Belegschaft nicht haf-ten. Sie können somit die (zu übernehmenden) sozialen Lasten exakt berechnen und - sofern ihnen diese zu hoch erscheinen - mit der Belegschaft über entsprechende Aufhebungsverträge verhandeln. Die Arbeitnehmer hingegen werden lediglich in Höhe des vor Betriebsübernahme ratierlich erdienten Teils der Anwartschaften (§ 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 S. 3 BetrAVG) auf die konkursrechtliche Befriedigung verwiesen, können jedoch - da der Erwerber die Versorgungszusage zu übernehmen hat - ihre Anwartschaften ratierlich erweitern und bei diesem in die Unverfallbarkeit hineinwachsen ³⁾.

1) Volkswirtschaftlich unerwünscht wäre sicherlich auch die damit verbundene Erhöhung der Lohnnebenkosten.

2) Vgl. Hanau, Gutachten E zum 54. DJT, S. 117/118.

3) Im Ergebnis ebenso Willemsen, Anm. zu BAG AP Nr. 14 und 15 zu § 613 a (Bl. 471); Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 426/427; Heubeck/Paulsdorff, BetrAVG § 7 Rdnr. 61 f; wohl auch Bieler, BB 1981, 435, 438/439.

III. Vertraglich unverfallbare Anwartschaften

Anwartschaften, bei denen zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nur die vertraglichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen gegeben sind, haben sich - ebenso wie unverfallbare Anwartschaften - zu einem konkreten Rechtsanspruch des Arbeitnehmers entwickelt, dessen Erfüllung nicht mehr vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängt. Die Anwendung des § 613 a als Bestandsschutznorm ist somit nicht geboten, da der Arbeitnehmer seine bereits erdiente Anwartschaft ohne weiteres zur Konkurstabelle anmelden kann ¹⁾.

1) Wiedemann/Willemsen, RdA 1979, 418, 426

6. K A P I T E L

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Betriebsinhaberwechsel im Konkurs

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats gemäß § 111 ff. BetrVG beziehen sich auch auf Betriebsänderungen innerhalb eines eröffneten Konkursverfahrens, da gerade hier die Belange der Belegschaft in besonders hohem Maß betroffen sein können ¹⁾.

Im folgenden wird untersucht, in welchen Stadien eines konkursbedingten Inhaberwechsels die Mitbestimmungstatbestände der §§ 111 ff. BetrVG zur Anwendung kommen.

I. Konkursantrag

Der Konkursantrag bedeutet keine Entscheidung über das weitere Schicksal der vom Unternehmenskonkurs betroffenen Betriebe und zeigt somit auch keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Betriebszweck ²⁾ oder die innerbetriebliche Organisation ³⁾. Zwar werden Betriebsveränderungen in gewisser Weise präjudiziert, die eigentliche Entscheidung hierüber trifft jedoch der Konkursverwalter im Rahmen seines gesetzlichen Verwertungsauftrages gemäß § 117 KO ⁴⁾.

1) h.M., u.a. BAG AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972 (Großer Senat).

2) Willemsen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 30 Fn. 17.

A.A. Fabricius, GK - BetrVG, § 111 Rdnr. 39, der auf eine Änderung des Unternehmenszwecks von einem wirtschaftlich-werbenden in einen wirtschaftlich-verwaltenden abstellt, und Jaroschek, S. 42.

3) Willemsen, a.a.O., S. 27 ff.

4) Willemsen, a.a.O., S. 30 ff.

Der Antrag auf Eröffnung eines Konkursverfahrens durch den späteren Gemeinschuldner unterliegt somit nicht dem Katalog mitbestimmungsrelevanter Maßnahmen in § 112 S. 2 BetrVG, da der Insolvenzfall in diesen Tatbeständen unerwähnt bleibt und es sich um eine abschließende, enumerative Aufzählung handelt ¹⁾. Eine extensive Interpretation verbietet sich sowohl aufgrund der eindeutig in den Materialien zu § 111 BetrVG zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzgebers ²⁾ sowie aus Gründen der Rechtssicherheit ³⁾ und Rechtsklarheit.

Besteht in dem insolventen Unternehmen ein Wirtschaftsausschuß, so ist dieser von dem bevorstehenden Konkursantrag zu unterrichten (§ 106 Abs. 2 BetrVG) ⁴⁾ bzw. - bei Antragstellung durch einen Gläubiger - umgehend zu benachrichtigen.

II. Betriebsänderung im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit des Konkursverwalters

Plant der Konkursverwalter einen Sanierungsversuch mit Hilfe von Betriebsänderungen, z.B. eine Betriebseinschränkung oder Teilstillegung in unrentablen Produktionsbereichen bei gleichzeitigem erheblichen Personalabbau (§ 22 KO), um die Attraktivität des Be-

1) h.M., Dietz/Richardi, BetrVG, § 111 Rdnr. 17; Willemssen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 27 m.w.N.

A.A. Fabricius, GK - BetrVG, § 111 Rdnr. 39; Engels, DB 1979, 2227, 2231.

2) Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT - Drucksache VI, 2729, S. 32.

3) Willemssen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 27 m.w.N.

4) Dietz/Richardi, BetrVG, § 106 Rdnr. 35.

triebes im Hinblick auf eine günstige Veräußerung zu erhöhen, so muß er das betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrecht des Betriebsrats uneingeschränkt beachten ¹⁾. Er ist im Rahmen seiner Betriebsfortführung gemäß § 6 i.V.m. § 129 Abs. 2 KO auch betriebsverfassungsrechtlich an die Rechtsstellung des Gemeinschuldners gebunden, wie sie sich bei Übernahme der Verwaltung über das konkursbefangene Vermögen darstellt ²⁾.

III. Die Betriebsveräußerung im Konkurs

Der Betriebsinhaberwechsel im Konkurs wurde vom Gesetzgeber - entgegen § 71 Abs. 1 lit. f des DGB-Entwurfs zur Novellierung des BetrVG im Jahre 1972 ³⁾ - nicht in den Katalog beteiligungspflichtiger Betriebsänderungen (§ 111 S. 2 BetrVG) aufgenommen ⁴⁾. Statt dessen sollten die Rechtsfolgen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs allgemein in dem zur gleichen Zeit in Kraft gesetzten § 122 BetrVG (= § 613 a) durch eine Ergänzung des BGB

-
- 1) BAG AP Nr. 1 zu § 113 BetrVG 1972; AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972; Dorndorf, S. 25 ff; Fabricius, GK - BetrVG, § 111 Rdnr. 53 ff; Dietz/Richardi, BetrVG, § 111 Rdnr. 80 m.w.N.
 - 2) BGHZ 24, 18; 44, 4; Willemssen, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsänderungen im Konkurs, S. 56.
 - 3) Vgl. oben S. 24 Fn. 3
 - 4) Nach h.M. zählt der Katalog des § 111 S. 2 BetrVG erschöpfend die Betriebsänderungen i.S.d. S. 1 auf, Eich, DB 1980, 255 ff; Dietz/Richardi, BetrVG, § 111 Rdnr. 17.
A.A. LAG Baden-Württemberg, DB 1979, 114; Engels, DB 1979, 2227, wonach S. 1 generalklauselartige Bedeutung zukomme.
Weitere Nachweise zum Meinungsstand bei Dietz/Richardi, BetrVG, § 111 Rdnr. 17 und 19.

geregelt werden ¹⁾. Dadurch wurde dem umfassenden Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse bei einem Inhaberwechsel der Vorzug vor einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gegeben ²⁾ und gleichzeitig ein unmittelbarer Eingriff in die unternehmerische Dispositionsfreiheit vermieden. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff BetrVG sind jedoch dann zu wahren, wenn der Inhaberwechsel mit Maßnahmen verbunden ist, die als solche einen der Tatbestände des § 111 BetrVG erfüllen ³⁾.

Auch die Veräußerung eines Betriebsteiles kann für die im Restbetrieb verbleibende Belegschaft nur dann eine § 111 ff BetrVG unterfallende Betriebsänderung beinhalten, wenn vom Erwerber eine Änderung der innerbetrieblichen Organisationsstruktur des verbliebenen Betriebsrestes vorgenommen wird ⁴⁾.

Besteht in dem Unternehmen ein Wirtschaftsausschuß, so ist dieser von der bevorstehenden Veräußerung zu unterrichten, da der Konkursverwalter in die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten des Gemeinschuldners eintritt (§ 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG).

1) vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 123 BetrVG 1972, BT - Drucksache VI, 1786, S. 59:

"Da gelegentlich Betriebe erworben werden, um sie alsbald stillzulegen, war gefordert worden, den Betriebsübergang als solchen der Mitbestimmung des Betriebsrats ausdrücklich zu unterwerfen. Der Entwurf ist diesem Vorschlag nicht gefolgt. Er sieht nunmehr die Einfügung eines neuen Paragraphen in das BGB vor, mit dem die Rechtsfolgen eines Betriebsüberganges für die Arbeitsverhältnisse allgemein geregelt werden."

2) h.M., Gutbrod, DB 1980, 165; Posth, S. 176 ff m.w.N.

3) BAG AP Nr. 6 zu § 111 BetrVG 1972 mit kritischer Anm. v. Seiter. Die differenzierende Lösung des BAG entspricht der h.M.
Bestätigt durch das BAG AP Nr. 8 zu § 111 BetrVG 1972 m.Anm. v. Seiter = EZA § 111 BetrVG 1972 Nr. 9 m. Anm. v. Löwisch/Röder = SAE 1980, 226 m. Anm. v. Bohn.

4) Eich, DB 1980, 255, 258. Vgl. auch BAG DB 1980, 164 (unter 3 b) sowie BAG AP Nr. 9 zu § 111 BetrVG 1972.

7. K A P I T E L

Schlußbetrachtung:

Kritische Würdigung des § 613 a als Regelungsnorm
für einen Betriebsinhaberwechsel im Konkurs

Die vorstehende Untersuchung zeigt, daß die Anwendung des § 613 a im Konkurs einen bedauerlichen Mißgriff des Gesetzgebers darstellt, der zwar durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in wichtigen Bereichen korrigiert werden konnte, der aber trotzdem ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit hervorrief und mehr Fragen aufwarf als er beantwortete. Dem Gesetzgeber kann der Vorwurf einer übereilten, im Tatbestand unpräzise formulierten Gesetzesvorlage nicht erspart werden, zumal er die besondere insolvenzrechtliche Problematik in keiner Weise bedachte.

Die nunmehr in Rechtsprechung und Schrifttum als gefestigt anzusehende h.M., die eine - im Bereich der Haftungsverteilung restriktive - Anwendung des § 613 a im Konkurs bejaht, berücksichtigt den dem Konkursverfahrensrecht immanenten, wesentlichen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Gläubiger.

Gleichwohl konnte die Einfügung des § 613 a in das BGB die Situation der Beschäftigten im Insolvenzfall nicht nachhaltig verbessern. Insbesondere ist der vom Gesetzgeber hauptsächlich intendierte Bestandsschutz der Arbeitsplätze meist nur Makulatur. Erfahrungen aus der Praxis zeigen, daß Konkursverwalter im Regelfall den Personalbestand durch ordentliche Kündigungen unter Berufung auf betriebliche Bedingtheit auf ein wirtschaftlich vertretbares Maß reduzieren, wenn sie eine Veräußerung des Gesamtbetriebes für möglich erachten. Auf die Übernahme der dann noch im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer legt ein potentieller

Käufer im Normalfall jedoch ohnehin größten Wert, da eine Forführung des Geschäftsbetriebes ohne eingearbeitete Belegschaft kaum denkbar ist.

Ohne Zweifel schränkt § 613 a die arbeitsvertragliche Dispositionsmöglichkeit beim Betriebsübergang erheblich ein. Der arbeitsgerichtlichen Praxis ist jedoch anzuraten, die mit § 613 a zusammenhängenden Arbeitnehmerschutzrechte nicht zu tabuisieren, da eine Rückführung des Betriebes in die erwerbswirtschaftliche Rentabilität nur bei entsprechendem Verzicht der Arbeitnehmer auf wohlerworbene Rechte zu erreichen sein wird.

Die vielfach festzustellende, teilweise auf ungenügende ökonomische Fähigkeiten zurückzuführende Scheu der Konkursverwalter von einer Weiterführung des Geschäftsbetriebes sollte nicht zuletzt deswegen zu denken geben, als eine Betriebsfortführung für die Masse oftmals günstiger kommt als eine Stillegung unter Inkaufnahme hoher Sozialplanabfindungen. Unter Hinweis auf dieses Argument können Verhandlungen des Konkursverwalters mit Banken und sonstigen Gläubigern durchaus zu einer Senkung der Betriebskosten bei Fortführung des Geschäftsbetriebes führen ¹⁾.

Ganz erheblich veräußerungsschwerend wirken sich - im Gegensatz zu § 613 a, bei dem statistisch gesehen eine Veräußerungsschwerernis nicht nachweisbar ist - die diversen Sicherungsrechte aus, aufgrund deren einzelne Sicherungsgläubiger auf einer Einzelverwertung ihres Sicherungsgutes bestehen und eine Gesamtveräußerung verhindern können (Eigentumsvorbehalt, Grundpfandrechte, Forderungsabtretungen). Den Arbeitnehmerinteressen wird somit im Konkurs durch die Bestandsschutzgarantie des § 613 a bei Betriebsübergängen nur vordergründig entsprochen. Die allseits ge-

1) so u.a. im Konkurs des Kurhotels Murnau, Konkursverwalter Petroff im Jahre 1982.

wünschte Zunahme von Betriebsveräußerungen zum Zwecke des Erhalts von Arbeitsplätzen kann im Konkurs somit nur durch eine Reform dieser Sicherungsrechte in der Weise erreicht werden, daß dem Konkursverwalter ein Verwertungsrecht auch gegen den erklärten Willen einzelner Sicherungsgläubiger zuerkannt wird bzw. eine Mehrheitsentscheidung in der Gläubigerversammlung die Einzelverwertung eines Sicherungsgutes verhindern kann ¹⁾.

1) vgl. auch Henckel, ZIP 1980, 2 ff.

Statistischer Überblick über Betriebs und Betriebsteilver-

äußerungen am Konkursgericht München in den Jahren 1967 - 1977

	1967	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977
Konkursanträge ¹⁾	-	-	-	1148	1082	1196	1308	1350	1375	1376	1364
Konkurseröffnungen	-	-	-	81	79	85	80	144	123	101	127
insgesamt ¹⁾											
Abweisung mangels Masse ¹⁾	-	-	-	250	314	345	378	504	496	487	549
Betriebs- und Betriebsteilveräußerungen	1	1	1	4	2	3	1	5	1	4	1
Vergleichsanträge ¹⁾	-	-	-	37	37	24	64	86	55	51	32

1) Diese Zahlen entstammen einer offiziellen Statistik des Konkursgerichtes München.

Die Betriebs- bzw. Betriebsteilveräußerung im Konkurs
Erfahrungswerte aus der Praxis des Konkursgerichts München, des größten
Konkursgerichts der BRD, in den Jahren 1967 - 1977

Jahr	Firma	Aktenzeichen	Veräußerungsobjekt	Bemerkungen
1967	Rudolf Schmidt	32 N 972/67	Betrieb	Personalbestand vom Konkurs- erheblich reduziert, unge- kündigte Arbeitsverhältnisse übernommen
1968	Perez, GmbH & Co. KG, Maschinenfabrik	32 N 197/68	Betriebsteil	Arbeitsverhältnisse übernommen
1969	Max Gailer	32 N 904/69	Betrieb	Arbeitnehmer nicht übernommen
1970	Fritz Siewert	32 N 843/70	Betrieb	Arbeitnehmer nicht übernommen
	Egon Schindler	32 N 257/70	Betrieb	Arbeitnehmer nicht übernommen
	Otto Reismüller OHG	32 N 616/70	Betrieb	Arbeitsverhältnisse vom Kon- kursverwalter gekündigt
	Nachf. G.u.F. Haug			Arbeitsverhältnisse übernommen,
	Hamol, Mineralölhandels- gesellschaft mbH	32 N 168/70	Betriebsteil	soweit vom Konkursverwalter nicht gekündigt
1971	OVA - Bavaria GmbH & Co. KG	32 N 367/71	Betriebsteil	Übernahme aller Arbeitsverhält- nisse mit einer Ausnahme
	Etzbauer u. Weidinger KG	32 N 590/71	Betrieb	Arbeitsverhältnisse nicht nommen

Jahr	Firma	Aktenzeichen	Veräußerungsobjekt	Bemerkungen
1972	Knäblein Hermann	32 N 153/72	Betriebsteil	Arbeitsverhältnisse vom Konkursverwalter gekündigt
	Hans Israel	32 N 280/72	Betrieb	Arbeitnehmer nicht übernommen
	Nevenka Seunig-Torbica	32 N 30/72	Betrieb	Arbeitnehmer bereits gekündigt
1973	Eberhard Rüfen, Ebsch Club KG	32 N 1002/73	Betrieb	Arbeitsverhältnisse vom Konkursverwalter gekündigt
1974	Moderne Expressreinigung GmbH & Co. KG	32 N 320/74	Betriebsteil	Arbeitnehmer nicht übernommen
	Stephan Walter Alfred	32 N 445/74	Betrieb	Arbeitnehmer nicht übernommen
	Schaffgotsch, Bergwerksgesellschaft	32 N 1020/74	Betrieb	Belegschaft bereits früher gekündigt
	Scann- u. Dublikat, Deutsche Gesellschaft für elektronische Tiefdruckproduktionen mbH	32 N 1237/74	Betrieb	Arbeitnehmer übernommen
1975	Herbert Kimmel	32 N 1330/74	Betrieb	Arbeitnehmer übernommen
	Bavaria Guß GmbH	32 N 150/75	Betrieb	§ 613 a bereitete insofern Schwierigkeiten, als der Erwerber ursprünglich nur 70 % der Belegschaft übernehmen wollte. Als Ausgleich für die Übernahme nahezu aller Arbeitnehmer wurde ein Abzug vom Kaufpreis vorgenommen.

Jahr	Firma	Aktenzeichen	Veräußerungsobjekt	Bemerkungen
1976	AGB - Allgemeine Gastronomie GmbH, Hotel an der Leopoldstr. KG	32 N 109/76	Betrieb	80 von 83 Arbeitnehmern übernommen. Verzicht der Arbeitnehmer auf einen Teil ihrer Rechte gegenüber dem Erwerber
	Autohaus Kirchseon, Max	32 N 122/76	Betriebsteil	Arbeitnehmer bei Übernahme bereits gekündigt
	Eduard Schmucker	32 N 407/76	Betrieb	teilweise Übernahme der Belegschaft
1977	Hanns Prem	32 N 536/76	Betrieb	alle Arbeitnehmer übernommen
	Weidner Lore	32 N 802/77	Betrieb	keine Übernahme
1981	Dresbach KG		Betrieb	Arbeitnehmer übernommen, aber Personalbestand vom Konkursverwalter bereits reduziert

L E B E N S L A U F

Am 14. August 1957 wurde ich als Sohn des Schuhmachermeisters Johann Baptist Probst und seiner Ehefrau Anna-Maria, geb. Friedl, in München geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule (1963 - 1967) und des Graf-Rasso-Gymnasiums (1967 - 1976) in Fürstenfeldbruck legte ich an dieser Schule am 25.6.1976 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1976/77 immatrikulierte ich mich im Fachbereich Rechtswissenschaft der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Am 18.1.1981 schloß ich mein Studium mit der ersten juristischen Staatsprüfung ab.

Seit dem 6. März 1981 bin ich als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk München, zur Zeit bei der Regierung von Oberbayern, tätig.

Im Sommersemester 1982 sowie im Wintersemester 1982/83 immatrikulierte ich mich im Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

